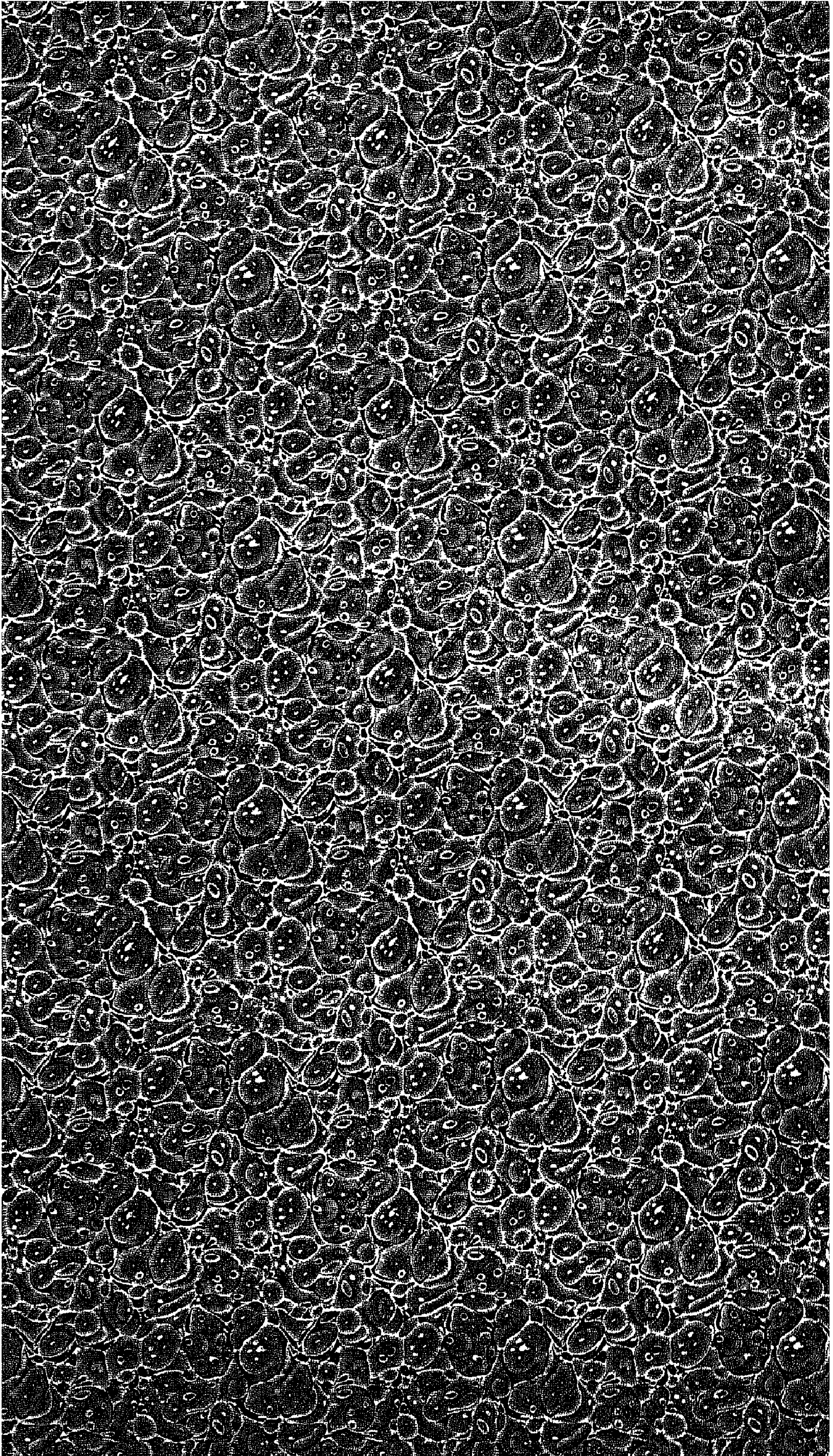






شرح البيع

فى القوانين المصرية والفرنسية وفى الشريعة الاسلامية

تأليف

محمد حلمى عيسى بك

وكيل الادارة القضائية للمحاكم الأهلية بوزارة الحقانية



١٣٣٤ ﻫ = ١٩١٦ م



مطبعة المعارف بشارع الفجالة بمصر

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين

اخترت شرح عقد البيع لأنه أهم العقود المدنية وأكثرها تداولاً . فالناس على اختلاف بيئاتهم وتباين طبقاتهم من غني وفقير . أفراداً وجماعات . لا مندوحة لهم من التعاقد به لأن البيع والشراء أساس المعاملات والمحور الذى تدور عليه منافع الناس واحتياجاتهم

يتناول البيع الصفقة صغر قدرهـا أو بلغ ثمنها حد الملايين . وقد عظمت أهميته القانونية وكثرت بشأنه المباحث القضائية بنسبة أهميته العملية التى تزداد بازدياد الحضارة واتساع نطاق الروابط بين أقاصى البلاد وسهولة المواصلات وتبادل المنافع وكثرة المزاحمات والمنافسات

خلقت هذه الحال للبيع أشكالاً ما كان يعرفها الأولون وصوراً مختلفة وأساليب متنوعة تزداد كل يوم عدداً . ان أعرض عنها المالى عرَّض ماله للضياع وما ربحت تجارته . وان غفل عنها المشتغل بالقانون أغلق عليه فهم مشاكلها وحل عقدها وكان كمن يعيش فى عصر غير هذا العصر . فمن البيع الذى ما كان يتم عند الرومان الاَّ بعمل مادى أو صيغة مخصوصة ينطق بها المشترى ليؤيد حقه فى الملكية الى البيع بالتلغراف والتليفون أو بالاعلانات والنشرات. ومن التسليم الفعلى الى التسليم الحكمى أو المضاربات التى لا يقصد تنفيذ العقد فيها بالوفاء عيناً بل بمجرد دفع فروق أو بيع السلم بالتسلسل أو بمقتضى أمر تسليم لحامله . ومن تعيين الثمن بالذات وتحديده عند البيع الى قابليته

للتعيين وتحديده بزيادة قدر معلوم على سعر الكنتراتات فى يوم يختاره البائع أو جعله بصفة ايراد موقت أو مؤبد وهكذا مما لا حصر له من الأنواع والصور التى حاولت بما فى الوسع بسطها و بيان أحكامها فى هذا الكتاب.

وقد سلكت فى تأليفه الطريق الذى سلكه الشارع المصرى فى وضع القانون . قارنت أولاً بين مواده (أهلى ومختلط) و بين مصدريه الشريعة الاسلامية والقانون الفرنسى وجعلت المقارنة فى الشريعة على كتاب مرشد الحيران للمرحوم قدرى باشا ومجلة الأحكام العدلية لوضعهما على نسق القوانين ترتيباً ومواد

وعلى هذا النحو سرت فى الشرح لأن واضع القانون لم يترك لنا مذكرات ايضاحية ولا أعمالاً تحضيرية لتكون مرشداً وهادياً لكل باحث يدرك منها غرض الشارع و يقف على حكمة ما أثبت وما محا وعلة ما عدّل أو ابتكر بل ترك الناس حيارى يذهبون كل مذهب فى تأويل قوله وتعليل عمله . خذ من ذلك مثالاً أغفال الشارع نصاً من نصوص القانون الفرنسى وهو أحد مصدريه ولكن النص الذى تركه مخالفاً لأحكام الشريعة الاسلامية وقد كانت شريعة البلد وقت وضع القانون . فلست تدرى أ أغفل ذلك النص وهو يريد حكمه أخذاً بالقواعد العامة أم لا يريد حكمه لأنه محرم بحسب الشريعة التى كانت سارية اذ ذاك . ولن تجد لذلك مخلصاً غير الرجوع للعرف وقواعد العدل وظروف الأحوال

نقده الناقدون من هذه الوجهة و بعضهم من أهل الرأى وأولى الأمر(١) وهم فى نقدهم مصيبون فلو كان فعل ما أشرنا اليه لأمن الباحث الزلل واتقى مواضع الخطأ والخطل وسارت المحاكم فى أحكامها على وتيرة واحدة ولم تجد فيها خلفاً

كذلك آخذه الكثيرون بالاسراف فى التعبير حيث يغنى الايجاز . وبالقصور حيث يجب البيان . والتراخى فى تحرى الاصطلاح . بل و بضعف التركيب وسقم

---

(١) راجع بالأخص رسالة التزوير وشرح القانون المدنى للمرحوم فتحى باشا زغلول وتقرير جناب المستشار القضائى لسنة ١٩٠٤

العبارة وعجز الألفاظ التى استعملها عن اداء ما يراد بها وغموضها الى حد يحتاج معه المطلع للرجوع الى النص الفرنسى لاستيضاحها وهو عيب كبير. عيب واقع ما له من دافع غير ما أظهره أولئك المفكرون من محاولة تلافى هذه النقائص فى مؤلفاتهم والعمـــل على استبدال ما استنكروه باصطلاحات أوفى بالغرض وأنسب للقانون . وإنا على آثارهم مهتدون . فقد أثبتُّ ما عثرتُ عليه من الاصطلاحات التى ظننتها كذلك ولعلى وُفقت

ولكننا وان آخذناه بكل ذلك فيجب أن لا ننسى أن هناك غرضاً ظاهراً للشارع يصلح أن نسترشد به فى شرح قانونه وهو الرجوع الى نفس مصادر الأحكام التى دونها فيه فخير طريق يسلكه شارح أن يرجع لمآخذ القانون الطبيعية فيرجع للأعمال التحضيرية للقانون الفرنسى ويطلع على أقوال شراحه ويراجع أحكام قضائه ليفهم مغزى ومرمى المواد التى نقلت عنه ويرجع لكتب الشريعة ويستأنس بأقوال فقهائها ليعرف حكمة ما استمده منها كما أنه يصيب اذا رجع فى الجزئيات الى أحكام تلك المآخذ وقاس عليها واهتدى بهديها عند سكوت النص

أما كون مصدرى القانون المصرى هما الشريعة الاسلامية والشريعة الفرنسية فما لا جدال فيه : قارن بين نصوص تلك الشرائع وقابل ألفاظ المواد وترتيبها يذهب عنك كل ريب . وهذا هو الواقع فالقانون الفرنسى أصل الشرائع الحديثة والشريعة الاسلامية كانت شريعة البلد . والحكومة فكرت عند تحضير القانون فى مقارنة تينك الشريعتين وناطت ذلك ببعض كبار العلماء وقد عثرت على رسالتين جليلتين بخط اليد فى هذا المعنى احداهما للعلاّمة الشيخ مخلوف المنياوى قارن فيها القانون الفرنسى على مذهب الامام مالك رضى الله عنه والأخرى لعالم لم يذكر اسمه أبان فيهـــا ما وافق منه مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة النعمان . وفى معتقدى ان هذا العمل كان متعيناً على أولياء الأمر . فالشريعة الاسلامية كما قدمنا كانت الشريعة المرعية الاجراء المتبعة الأحكام فى القطر المصرى وقت تحضير القوانين سواء كان فى

المعاملات المدنية أو الأحوال الشخصية . وقد جرى الشارع على انه كلما رأى الفائدة ظاهرة والحاجة ماسة للأخذ بقواعدها اقتبس منها ما دعت اليه الضرورة ليحسم خلافاً قام أو شكاً حام حول نص القانون الفرنسى الذى جعله عماده فى النقل أو يؤيد قواعد قد اعتادها أهل القطر أو مسائل شديدة الارتباط بأحوالهم الشخصية أو يتقى التنافر بين ما سنّ لهم من القانون و بين ما عرفوه وما ألفوه فى معاملاتهم اليومية وهو مبدأ يحتمه العدل وتقضى به اصالة الرأى واصابة النظر

لهذا تراه كان يرجع أحياناً فى تدوين بعض نصوص القانون المدنى الى أحكام الشريعة فيجعلها مأخذه كالبيع فى مرض الموت والشفعة وغير ذلك مما مزج به أحكام الشريعة بأحكام القانون الفرنسى أو أحال عليها كأهلية المتعاقدين والميراث والوصية. ولن تجد فى مسائل المعاملات مثالاً أوضح لمزج هاتين الشريعتين من باب البيع

ولسنا نجهل أو ننكر عمل الشارع فى هذا السبيل وهو يشرع لأقوام مختلفى الجنسية متعددى الأحوال الشخصية خاضعين لامتيازات أجنبية يجب مراعاتها فى معاملاتهم كما تجب مراعاة الأخذ بأسباب الرقى والانتفاع بما أظهرته تجارب الأمم الراقية ودواعى الحضارة

ولقد راعيت ما استطعت فى تحريره السهولة فى العبارة والبسط فى القول والافاضة فى الشرح والاحاطة بمختلف المذاهب وتنوّع الآراء وتعدد الأحكام والتفصيل فى التعليل لأنى رأيت ان ذلك أدعى لرسوخ المسائل فى الذهن وأقرب لفهم أحكامها وأنمى لملكة التفقه وأسهل لمعرفة طرق الاستنباط وسبل القياس وأظهر فى كيفية تحليل المواد وتطبيق الحوادث على جزئياتها والتدليل على ما استخلص من الآراء منها

فما عثرت على حكم قرر مبدأ وشرح قاعدة ولا رأيت قولاً أوضح مبهماً وأزال غامضاً الاَّ وأتيت به : ولا شاهدت خلافاً بين القانونين الأهلى والمختلط أو مبادئ جديدة فى القوانين الحديثة الاَّ وألمعت اليها . ولا وقفت على تاريخ لمعاملة الأهالى فى شأن من الشوءون أو فساد فى معتقدهم الاَّ وأشرت اليه . فان فاتتنى بعد ذلك أشياء فسبحان المحيط بكل شيء علماً

وقد عانيت هذا العمل الشاق اقتداءً بمن سبقني وجرياً على منوالهم وما أريد به الاَّ ما أرادوا وهو أن تنبعث الحمية فى نفوس المتعلمين فينقلوا لنا نفائس الغرب فيعلم عامتنا ما جهلوا من أمور حياتهم ويطلع خاصتنا على ما تجود به المدارك السامية من الحقائق العلمية والمباحث الجليلة المغذية للعقول

فقد تبينت من استقصاء الحوادث واستطلاع الأحكام ان الناس عندنا فى سالف الزمن كانوا يكتفون باستكتاب المأذون عقود بيعهم وشرائهم وهو يوقع عليها وحده ثم ينفذون مقتضاها لتبادل الثقة بينهم ولو شاء أحدهم أن ينقض ذمته وينكث عهده لما منعه القانون . ولا يزال بعضهم يعتقد ان نقل التكليف يقوم مقام التسجيل تأثراً بالاجراآت القديمة . ولولا رحمة من القضاة ويسر من القانون يبيح لهم في حدود معينة ان يحكموا بحسب قواعد العدل لضاع على اولئك وهؤلاء ما صنعوا بجهل فى ظروف جهالة . وقد وجب أن يفيقوا من غشيتهم وان يستنيروا بنور العلم والعرفان ويقفوا على ما جد فى قوانينهم وما تقضى به أحكام محاكمهم ويعلموا أنه يجب عليهم أن يتخذوا لهم فى الهام من أمورهم مستشارين وأعواناً من أهل الرأى أو يرجعوا للكتب العلمية اذا قدروا على فهمها وليقلعوا عن الطرق العتيقة طرق استكتاب العقود فى الخفاء والاستسلام لمراب يستلبهم مالهم وهم لا يشعرون حتى اذا جاء يوم التقاضى وعرفوا الحق رجعوا بصفقة المغبون وندموا ولات ساعة مندم

فاللهمَّ أقلنا العثرات والهمنا الصواب ووفقنا الى سبل الرشاد ؟

بيان المراجع

كتب عربية

فتح القدير
بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع
ابن عابدين
الزيلعى
كتاب أحكام الأوقاف للخصاف
شرح الزرقانى على صحيح الموطأ للامام مالك
شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل
فتاوى الشيخ عليش على مذهب الامام مالك
شرح الأحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية للشيخ زيد بك الأبيانى
كتاب مباحث الوقف له
مذكرات المعاملات فى فقه الامام أبى حنيفة له
شرح مرشد الحيران له وللشيخ محمد سلامه السنجلفى
كتاب أحكام المعاملات فى الشريعة الاسلامية للشيخ أحمد أبى الفتح
زاد المعاد فى هدى خير العباد
مجلة الأحكام العدلية
مرشد الحيران فى المعاملات الشرعية لقدرى باشا
كتاب الأحوال الشخصية له
كتاب العدل والانصاف فى حل مشكلات الأوقاف له
شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول
كتاب الأطيان والضرائب لجرجس بك حنين
المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية
القضاء
الاستقلال
المحاكم
الحقوق
القضاء المصرى لجمال
التعليقات القضائية لفيليب بك جلاد
مجموعة القوانين الادارية والجنائية للحكومة المصرية
كتاب المقارنات والمقابلات لمحمد بك حافظ
تقارير المستشار القضائى
تعليقات الحقانية على قانون العقوبات وتحقيق الجنايات
مذكرات لجنة المراقبة القضائية
قاموس المخصص
تاج اللغة وصحاح العربية للجوهرى

كتب افرنجية

بودرى وسينات — كتاب البيع طبعة ثالثة ١٩٠٨
بودرى الوجيز فى القانون المدنى
بلانيول
(اوبرى) و (رو)
بودان
باندكت فرنسيز
ربرتوار داللوز
تعليقات داللوز
مجموعة الأحكام العامة لداللوز
مجموعة داللوز الصغيرة
كاربنتييه
القانون الألمانى
فوانييه
مجموعة العشرة سنوات للمحاكم المختلطة — جزء اول وثان
دوهلس
هالتون — شرح القانون المدنى المصرى
جرانمولان
بورللى
مذكرات المسيو تستو ناظر مدرسة الحقوق سابقاً
مذكرات المسيو لمبير ناظرها السابق أيضاً
شرح قانون المرافعات للوزينا بك
دائرة معارف لاروس

الفصل الأول

فى البيع على العموم

البيع مثال العقود المعينة وأكثرها شهرة وأوفرها تداولاً وأعظمها أهمية فى المعاملات لهذا تتكلم عليه القوانين فى طليعة تلك العقود وعلى أثرهم سار الشارع المصرى فتكلم عليه فى الباب الاول من الكتاب الثالث من القانون المدنى المعنون فى العقود المعينة

أصل البيع ١ — أصل البيع هو المقايضة فهى أول ما عرف الانسان من أنواع التعامل وكيفية ذلك أن الانسان خلق مدنياً بطبعه فلا يستطيع أن يعيش بمفرده ولا يستطيع أن يقوم بسد حاجته دون معونة بنى جنسه فهو مضطر لمعاملتهم وتبادل المنفعة معهم يأخذ منهم ما تمس اليه حاجته ويعطيهم ما زهد فيه أو زاد عن لوازمه فطرة الله التى فطر الناس عليها

فتبادل المنفعة أو الأخذ والعطاء الذى انساق اليه الانسان من أول نشأته هو المسمى بالمقايضة (أو المعاوضة كما سماها القانون المصرى)

ولكن الناس ما لبثوا ان ظهرت لديهم عيوب ذلك التبادل وأدركوا الصعوبات التى تحول دون اتخاذه قاعدة للتعامل فطالب الشىء قلما يصادف مالكاً راغباً فيما هو زاهد فيه أو زائد عن حاجته وأخذ الأمر يزداد صعوبة كلما زاد الناس عدداً لتعدد مطالبهم واختلاف مشاربهم ودعاهم ذلك لان يبحثوا عن أمر عميم الفائدة يعطيه راغب الشىء فى مقابل ما يأخذ فاتفقت خواطرهم على اتخاذ المعادن النفيسة

واسطة للمعاملات ولكنهم كانوا في بادىء أمرهم يزنونها بالموازين كلما دعت الظروف لذلك

بقى الحال على هذا المنوال حتى انتشر التمدن وعمت الحضارة وانتظمت الأمم وقامت الحكومات فرأوا أن وزن المعادن مما لا يلائم خلقهم التى تهذبت ومعاملاتهم التى اتسعت دائرتها فوفقوا الى ضربها نقوداً قدروا وزنها وعيارها وقيمتهـا تقديراً وأخذت الحكومات تتولى هذا العمل ضماناً للناس فى معاملاتهم واطمئناناً لهم على أعمالهم حتى صار الانسان كلما رأى قطعة من النقود عرف قيمتها وما تساويه من الذهب والفضة أو غير ذلك من المعادن

نشأته

٢ — انتشرت المعاملة بالنقود فنشأ عن ذلك البيع وما هو فى الواقع الا صورة من صور المقايضة (البدل) وعم استعماله عند جميع الأمم المتحضرة وضاقت دائرة المعاملة بالمقايضة التى أبقتها مع ذلك الشرائع الحاضرة ليرجع الناس اليها عند الاقتضاء اذا رأوا فى ذلك مصلحة لهم فانهُ لا يزال بعض سكان القرى يتبادلون ملكية أطيانهم ومساكنهم عند ما تدعو ضرورة الجوار أو فرز الأملاك لذلك

الفرق بين المقايضة والبيع

٣ — والميزة التى تمتاز بها المقايضة عن البيع فى هذه الحالة هى :

أولاً — اقتصاد رسوم التسجيل ففى عقد البدل تستحق الرسوم على أكبر البدلين قيمة وفى البيع تستحق على كل عقار مستقل على حدته

ثانياً — عدم جواز الشفعة فيها فقد نصت المادة الخامسة من الأمر العالى الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ على أن الشفعة لا تصح ممن تملك بغير المبايعة

أما المقايضة بالمنقولات فقد تلاشت ولا أثر لها الا فى الأماكن التى لم تعمها المدنية ولم تتقدم فيها التجارة كبعض انحاء السودان فالسودانيون يبيعون محصولات أراضيهم وما يملكون من ريش نعام وأبنوس وصمغ وخلافه فى مقابل أقمشة أو مصوغات أو غير ذلك مما يحتاجون اليه وهى حال لا تلبث أن تزول كلما تدرجوا فى سبيل المدنية والحضارة وارتقت أساليب التجارة

ولما أصبح البيع قاعدة التعامل اضطر واضعو القوانين فى سائر الممالك للاسهاب فى تقرير قواعده واحكامه واقتصروا على تخصيص القليل منها للمقايضة غير مراعين أصل كل منهما وعلى هذا النحو نهج الشارع المصرى فى القانون الأهلى

اغفال المقايضة فى القانون المختلط

٤ — أما القانون المختلط فأغفل الكلام على المقايضة ولهذا كانت الاحكام السارية عليها هى احكام البيع سواء بسواء .

ولسنا ندرى سبب هذا الفرق فى القانونين خصوصاً وان القانون المختلط وضع أولا ونقله واضعه عن القانون الفرنساوى المشتمل على الاحكام والقواعد التى وضعت للمقايضة فى القانون الاهلى

وربما كان السبب أن واضع القانون المختلط تأثر بنصوص الشريعة الاسلامية اذ أنها لا تفرق فى الاحكام بين البيع والمقايضة فلما جاء دور القانون الاهلى ووجد واضعه أن الناس يتعاملون بالبدل بل أحياناً يكون البدل لازماً ومحتماً اذا كانت العين موقوفة وضع له باباً مخصوصاً واستمد ما ناسبه من احكام القانون الفرنساوى

البيع مثال العقود بعوض

٥ — والبيع والمقايضة هما مثال العقود الناقلة للملك بعوض فالبايع يأخذ مقابلاً لما يعطى وهذا المقابل يحل فى ملكه محل المبيع فان كان المقابل نقداً كان العقد بيعاً وان كان منقولا أو عقاراً كان مقايضة (معاوضة)

والبيع أشهر العقود المعينة أى التى وضع لها اسم خاص وقد عنى الشارع المصرى بذكره فى أول الكتاب الثالث المعنون (فى العقود المعينة) لشهرته وكثرة تداوله بين الناس

تقييد اباحته

٦ — وهو من العقود المباحة الاَّ أن القوانين قد تقيد تلك الاباحة فى بعض الاحيان مدفوعة بباعث المصلحة العامة كرغبة الحكومة فى تنشيط تجارة صنف معين فتزيد فى رسوم الجمرك على وارداته وقد تبلغ الزيادة قيمـــة الثمن الأصلى أو تفوقه فيكون ذلك مؤثراً على حرية التجارة وربما يفضى الى منع التبايع بها

أو احتكار الحكومة لبعض الاشياء أو منح امتياز ببيعها والاتجار بها الى طائ

مخصوصة او شركة معينة فانه بذلك يحرم على الغير بيعها (مثال ذلك احتكار الملح والبارود)

وقد لا تقف القوانين عند هذا الحد من التقييد بل تمنع التبايع منعاً باتاً بحيث يصبح الشيء مما لا يجوز التبايع فيه محافظة على الصحة العامة أو على مبادئ الحرية وغير ذلك من المنافع العامة كالحشيش (فقد منع بيعه بالأمر العالى الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٨٨٤ والمعدل فى ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ و ٨ يوليه سنة ١٨٩٤) والاسترقاق والنخاسة (فقد منع الاتجار بها بمقتضى المعاهدة المعقودة بين الحكومتين المصرية والانجليزية بتاريخ ٢١ نوفمبر سنة ١٨٩٥)

والاشياء الاثرية (فقد منع بيعها بالأمر العالى الصادر فى سنة ٩١٢ نمرة ١٤ واعتبرت فيه الآثار من أملاك الحكومة العامة — مادة أولى)

البيع فى الشريعة الاسلامية

٧ — والبيع ثابت شرعاً بالكتاب قال تعالى (وأحل الله البيع) وبالسنة قال عليه السلام (يا معشر التجار أن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة) وقد بعث عليه السلام والناس يتبايعون فأقرهم عليه وبالاجماع (فتح القدير جزء ٥ ص ٧٣[(١)])

وحكمته عند الفقهاء (كما ورد بابن عابدين ص ٦) بقاء نظام المعاش والعالم فانه سبحانه وتعالى خلق العالم على أتم نظام وأحكم أمر معاشه أحسن احكام ولا يتم ذلك الا بالبيع والشراء اذ لا يقدر أحد أن يعمل لنفسه كل ما يحتاجه فاضطر الى شراء ما ينقصه ولولا الشراء لكان يأخذه بالقهر او السؤال ان أمكن والا قاتل صاحبه عليه ولا يتم مع ذلك بقاء العالم

والبيع من العقود المباحة فيكره عند الشرعيين الاحتكار فيه لأن الاحتكار يضر بالناس لتعلق حق العامة بالأشياء المحتكرة حتى اذا امتنع المحتكر عن بيع أشياء عند شدة الحاجة اليها يعتبر ظالماً لأنه منع الناس حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم ولهذا

(١) راجع كذلك كتاب المعاملات للشيخ احمد بك ابى الفتح (ج ٢ ص ٢٢٧)

يؤمر بالبيع ازالة للظلم وقال الامام محمد ويجبر عليه[١] وقال بعضهم لا يجبر وانما يعزر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الاَّ أن تكون تجارة عن تراض منكم) ولقوله عليه السلام : لا يحل مال امرىء مسلم الاَّ بطيب من نفسه (بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع جزء ٥ ص ١٢٩)

---

(١) ليس أدل على موافقة هذه الآراء الشرعية لمقتضيات كل زمان ومكان وملاءمتها لمصالح الناس كافة مما شاهدناه فى الظروف الحاضرة من اضطرار الدول الأوروبية والحكومة المصرية للعمل بما يطابق هذا الرأى فى القوانين التى سنتها بسبب تأثير الحرب القائمة الآن فى اوروبا على الحالة الاقتصادية فقد غلت أسعار الحاجيات الأولية غلاءً فاحشاً وتداركاً لما عساه يحدث من ارتفاع اسعارها ارتفاعاً مصطنعاً أصدرت الحكومة القانون نمرة ٦ لسنة ١٩١٤ وهو يقضى بانشاء لجنة فى كل محافظة أو بندر مديرية تحدد أقصى الأسعار للمواد الغذائية وأصناف الحاجيات الأولية وعقاب كل من يبيع بأزيد من السعر المقرر أو يمتنع عن البيع به . ويبيح للقاضى الامر باقفال محل المخالف أو بسحب الأصناف وبيعها على ذمته بواسطة جهة الادارة بالسعر المقرر فى التعريفة أى أنها تباع جبراً عنه كما يقول الأمام محمد

الفرع الأوّل — فى تعريف البيع

قوانين مصرية

مادة ٢٣٥ أهلى — البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ للآخر فى مقابلة التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما

٣٠٠ مختلط — مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٢٩٤ مرشد الحيران — عقد البيع هو تمليك البائع مالاً للمشترى بمال يكون ثمناً للمبيع
مادة ٣٢٠ منه — الثمن هو ما تراضى عليه المتعاقدان سواء زاد على قيمة المبيع أو نقص والقيمة هى ما قوم به الشئ بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان

قانون فرنساوى

مادة ١٥٨٢ — البيع هو اتفاق يلتزم به أحد المتعاقدين بتسليم شئ والآخر بدفع ثمنه ويجوز أن يكون بعقد رسمى أو عرفى
مادة ١٥٩١ — يقدر المتعاقدان الثمن ويبينانه
مادة ١٥٩٢ — ويجوز مع ذلك أن يفوض تقديره لأجنبى عن العقد فاذا لم يرد هذا الأجنبى مباشرة التقدير أو لا يستطيع اجراءه فلا ينعقد البيع

التعريف ٨ — البيع لغة مقابلة شئ بشئ مالاً أولاً[1]

واصطلاحاً عقد يلتزم بهِ أحد المتعاقدين نقل ملكية شئ للآخر فى مقابلة التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليهِ بينهما (مادة ٢٣٥ أهلى و ٣٠٠ مختلط)

فى مأخذه ٩ — وهذا التعريف مستمد من أحكام الشريعة الاسلامية والقانون الفرنساوى اللذين هما مصدر التشريع المصرى كما يدل على ذلك مجرد مقارنة النصوص ومقابلة أحكامها ببعضها . أما الأعمال التحضيرية للقوانين فلم يُقف لها على أثر[2]

والذى حدا بالشارع المصرى لجعل تعريف البيع مزيجاً من الشريعة والقانون الفرنساوى ان تعريف القانون الفرنساوى ناقص ومبهم أجمع جمهور الشراح على نقده

(١) ابن عابدين جزء ٤ ص ٣ (٢) انظر المقدمة

وأوردوا كثيراً من الاعتراضات على وضعه وأخذ كل منهم يضع تعريفاً من عنده يكون جامعاً لما يراه من النقص مانعاً لما أورده من الاعتراض

واليك ملخص ما أوردوه من النقد

في نقد القانون الفرنساوى

١٠ — اقتصر هذا القانون على الزام البائع بتسليم المبيع جرياً على نسق القانون الرومانى وأغفل التصريح بإلزام البائع بنقل الملك للمشترى مع أن ذلك هو الغرض المقصود من البيع والمميز له عن سائر العقود أما التسليم فمن نتائجه

أدى ذلك الى خلاف فى فهم المراد من لفظ التسليم أأريد بهِ معناه اللغوى وعلى ذلك يصح البيع بتسليم شئ مملوك للغير كما كانت الحال فى عهد القانون الرومانى أم أريد بهِ نقل الملك كما يستفاد من مقارنة التعريف بالنصوص الأخرى الصريحة فى بطلان ملك الغير (مادة ١٥٩٩ فرنساوى) واكتساب المشترى للملكية بمجرد الاتفاق على المبيع والثمن (١٥٨٣ فرنساوى) ومن التقارير والمناقشات التى جرت بشأن ذلك وقت تحضير القانون[1]

أخذ كذلك على تعريف القانون الفرنساوى أنهُ غير مانع فقد يصدق على الايجار كما يصدق على البيع لأن أحد المتعاقدين يلتزم بتسليم الشئ المؤجر مقابل التزام الآخر بدفع أجرة معينة ولا فرق بين الاثنين سوى ان التسليم فى الايجار وارد على المنفعة فى البيع على الملك

أقوال الفقهاء

١١ — أما الفقهاء فلم يختلفوا فى أن حكم البيع هو التمليك والتملك أى تمليك المبيع وهو المقصود الأصلى من التبايع وامتلاك الثمن وهو الوسيلة للمبادلة وعرفوه بتعريف جامع مانع (انظر مادة ٢٤٩ مرشد الحيران) واشترطوا لنفاذ البيع ملكية البائع لما يبيع (مادة ٢٦١ مرشد) وأوقفوا بيع ملك الغير على اذن مالكه (مادة ٢٣٤ مرشد) غير ان تعريفهم عام يشمل جميع أصناف البيوع (البيع المطلق والمقايضة والسلم والصرف)

---

(١) انظر المناقشات المذكورة فى بوردى المطول ص ٧

١٢ — فأخذ واضع القانون المصرى عنهم حكم البيع وهو نقل الملكية ومزجه بتعريف القانون الفرنساوى ثم وضع تعريفه السابق

وعقد للمقايضة باباً خاصاً وهو الباب الثانى من الكتاب الثالث من القانون المدنى المعنون (فى المعاوضة[1])

أما بيع السلم والصرف فلم يتكلم عنهما القانون ولكن لما أخذ الناس يتعاملون ببيوع السلم وصار لها مكاناً ممتازاً فى الأعمال التجارية اضطر الشارع لاصدار قانون معدل لقانون التجارة أجاز فيه بيوع السلم ولو لم يقصد المتعاقدان منها سوى دفع فروق بسيطة (انظر قانون نمرة ٢٢ أهلى ونمرة ٢٤ مختلط سنة ٩٠٩)

ميزة تعريف القانون المصرى

١٣ — والتعريف الذى اختاره الشارع المصرى هو ما يميل لتقريره علماء القانون الفرنساوى فى مؤلفاتهم فأنهم ينصون صراحة على إلزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشترى ضاربين صفحاً عن تعريف قانونهم لابهامه كما قدمنا[2]

ويمتاز تعريف القانون المصرى عن تعريف القانون الفرنساوى بأن حكم البيع والغرض منه وهو نقل الملك منصوص عليه فيه صراحة بعكس القانون الفرنساوى فانهُ مستفاد دلالة[3]

وهذه الصراحة لازمة لما قام من الشكوك حول نص القانون الفرنساوى وبالأخص لأن البيع فى القانون الرومانى والقانون الفرنساوى القديم لم يكن ناقلاً للملك . فالبيع الرومانى كان منتجاً لمجرد تعهدات مقتضاها أن البائع يلتزم بتمكين المشترى من حيازة المبيع حيازة هادئة والانتفاع به . وما كان الرومانيون يتصورون نقل الملك بمجرد ارتباط قانونى بل كان لا بد لحصوله من اتخاذ اجراآت مخصوصة[4]

(١) هذه التسمية غير صحيحة والواجب تسميتها مقايضة جرياً على اصطلاح الفقهاء

(٢) راجع تعريف البيع للعلامة بلانيول جزء ثان ص ٤٥٩ طبعه سنة ٩٠٩

(٣) كثير من الشرائع المدنية تنص على ذلك فى التعريف (انظر قانون ألمانيا وأيطاليا فيما يلى فقرة ١٥)

(٤) هذه الاجراءات هى المسماة ا — (*La mancipation*) وكان من مقتضاها أنه لاتمام يلزم البيع أن يحضر المتعاقدان وشهودهما ثم يمسك المشترى المبيع بيده وينطق صيغة

كذلك كان التسليم أو التقادم لازمين لنقل الملك أيضاً فى عهد القانون الفرنساوى القديم ولذلك كان المتعاقدان يتحايلان على التخلص من التسليم الفعلى بتسليم صورى فينصان فى عقد البيع على أن المشترى استلم العين والواقع أنه لم يكن استلمها

الفرق بين القانون الرومانى والقوانين الحديثة

١٤ — وحيث كان البيع الرومانى منتجاً لمجرد تعهدات (١) فالفرق بينه و بين البيع بحسب القوانين الحديثة عظيم فقد كان التعهد عبارة عن التزام بعمل شىء اذا لم يفِ به البائع ألزم بالتعويض. وكان يجوز للبائع أن يبيع ملك الغير لأنه ليس ملزماً بنقل الملك . ولم يكن للمشترى أن يطلب بطلان البيع فى هذه الحالة ما دامت حيازته ثابتة

مخصوصة يؤكد بها حقه فى الملكية ثم يضرب الميزان بسبيكة من المعدن يقدمها للبائع رمزاً على دفع الثمن — ٢ — (*La cessio in jure*) وكان من مقتضاها أن ترفع دعوى صورية بين المتعاقدين فيثبت المشترى حقه فى المبيع والبائع لا ينازعه فيقضى له بالملكية وكانت هذه الطريقة تستلزم احضار المبيع اثناء الدعوى — ٣ — (*La tradition*) وكانت تقضى بوجوب التسليم واعتباره ركناً من أركان عقد البيع فلا يتم بدونه أما الآن فالتسليم من نتائج البيع (مادة ٢٦٦ أهلى ٣٣٦ مختلط) ٤ — (*L'usucapion*) وهو التملك بعد وضع اليد زمناً معيناً

وبهذه المناسبة نقول ان حضرة الفاضل محمد بك حافظ صاحب كتاب المقارنات والمقابلات يرى أن الشريعة الرومانيـة منقولة عن الشرائع الشرقية القديمة كشرائع قدماء المصريين والكلدان والسريان وغيرهم ومن يقارن هذه الاجراءات بما جاء في باب البيع من الكتاب المذكور يرى ان هذه الاجراءات كانت تقتضيها شريعة العبرانيين فقد جاء بمادة (٢٧٨) ما يأتى: يشترط لصحة مطالبة المشترى للبائع بتسليم العين ذاتاً ان يكون قد قام بما يدل على حيازته لها بعد البيع بحضرة الشهود فان لم يكن قد فعل ذلك جاز للبائع أن يمتنع عن تسليمها اليه مقابل تعويض يؤديه ولا يجبر على التسليم قهراً ويؤخذ من ذلك أن البيع لا يتم الا بالتسليم

وجاء بمادة ٢٧٩ أن وضع اليد يكون فى العقارات بفتح باب الدار وقفله وبحفر بعض الطين والتراب من الارض الزراعية وبماء الطريق وبالصيد من البركة وفى المنقولات بأخذ بعض الاثمار أو فروع الاشجار وبمسك لجام الفرس وحلب البقرة أو الشاة وبالدق بمطرقة على الاشياء وغير ذلك

(١) قال مسيو بودان ان سبب ذلك راجع للحالة المدنية عند الرومانيين فانه ما كان يجوز لغير الرومانى (*Le pérégrin*) ان يتمتع بحقوق الرومانى المدنية ولهذا لا يحق له الامتلاك ولما كانت ضرورة المعاملة تقضى بالتعامل مع غير الرومانى اكتفوا بجعل البيع قاصراً على تمكين المشترى من الانتفاع وكان يجوز للمشترى أن يطلب التمليك من نفس البائع اذا كان الأمر ممكناً بتوفر الشروط الآتية : ١ — أن يكون البائع مالكاً ٢ — ان يكون المشترى أهلاً للملكية ٣ — ان يكون المبيع محلاً للامتلاك (جزء البيع ص ١٢)

وينتفع بالمبيع بلا تعرض أحد له ولم يستحق البيع عليه

أما البيع الحالى فناقل للملك ويترتب على ذلك ان بيع ملك الغير باطل . (٢٦٤ أهلى و ٣٣٣ مختلط) اذ الملكية لا تنتقل الاّ متى كان المال ملكاً للمالك (٤٥ و ٩١ و ٢٦٦ أهلى و ٦٧ و ١٤٥ و ٣٣٦ مختلط) بل وأصبح معاقباً عليه بمقتضى قانون العقوبات (مادة ٢٩٣)

والملكية تنتقل بمجرد التعاقد الاّ اذا كان المبيع معيناً بالنوع او كان البيع بخيار التعيين فلا تنتقل الملكية الاّ بالتسليم في الحالة الأولى و باختيار أحد المبيعين فى الحالة الثانية (٢٦٧ و ٢٦٨ اهلى و ٣٧٧ و ٣٧٨ مختلط) وذلك استثناء من الاصل لان نقل الملك بمجرد العقد متعذر

أما في القانون الرومانى فما كانت تنتقل الا باحدى الاجراآت المخصوصة السابق ذكرها فى حالة الامتلاك بالتسليم لا يصير المشترى مالكاً الاّ بعد التسليم فعلاً بل وكانت تبقى الملكية بعد التسليم للبائع اذا لم يكن دفع الثمن تأميناً لآدائه وقد استعيض بعد عن ذلك بطريقة تقديم المشترى للبائع عيناً أخرى بصفة تأمين لحين آداء الثمن وهذا هو أصل الامتياز الذى خول للبائع الذى لم يقبض الثمن [1]

التعريف فى الشرائع الاوربية

١٥ — وقد عدل كثير من الشرائع الأوربية الحديثة عن الأخذ بتعريف القانون الفرنساوى فالقانون الايطالى استبدل كلمة « تسليم » الواردة فى القانون الفرنساوى بكلمة « اعطاء » المراد بها نقل الملكية والمستعملة بهذا المعنى فى القانون المصرى مادة ٩١ مدنى

والقانون الألمانى أضاف على إلزام البائع بتسليم المبيع إلزامه بنقل الملك وقد لاحظ العلاّمة بلانيول أن لا محل للالتزامين لأن أحدهما يكون دائماً تابعاً للآخر

وأما القانون الانكليزى فيقضى بأن البائع يلتزم بنقل الملك ولكن العقد لاينقله وحده

صفات البيع

١٦ — يتبين من تعريف القانون أنهُ يوجد فى كل بيع عاقدان يلتزم أحدهما بنقل ملكية المبيع ويلتزم الثانى بدفع الثمن فالأول يسمى بائماً والثانى يسمى مشترياً

---

(١) بودان — كتاب البيع ص ١٥

ويستفاد من ذلك أن البيع :

١ — من العقود الملزمة للجانبين[١] لأنهُ يترتب على البيع إلزام كل عاقد بتعهد خاص يتعهد بهِ فى مقابل تعهد الآخر فالبائع يلتزم بنقل ملكية البيع والمشترى يلتزم بدفع الثمن .

٢ — من العقود التى تتم بمجرد تراضى المتعاقدين[٢]

فلا تتوقف صحتها على اجراءات أخرى كالعلانية المشروطة لصحة بعض العقود (الرهن العقارى والهبة مثلاً[٣])

٣ — من عقود التعاوض[٤]

فان كل عاقد يعطى للآخر عوض ما أخذ منه فالبائع يعطى المبيع ويأخذ الثمن والمشترى العكس

وقد لاحظ العلاَّمة بودرى لاكنترى[٥] بأن الثمن يكون أحياناً ايراداً مرتباً لمدة الحياة أو حق انتفاع وربما يقال ان ذلك مخرج لهذه البيوع من صفة التعاوض لأن الايراد المرتب لمدة الحياة أو الانتفاع هما من عقود الغرر[٦] أى العقود الاحتمالية

---

(١) *Contrat synallagmatique*

(٢) *Contrat consensuel*

(٣) عرضت الحكومة على الدول مشروعين لتوحيد أقلام التسجيل وادخال طريقة تسجيل الحقوق أو (السجلات العقارية فى مصر) بدل تسجيل العقود فاذا تم ذلك أصبح بيع العقار من العقود العلنية لانه يشترط بمقتضى المشروع المذكور لقبول تسجيل العقد فى العقارات أن يكون رسمياً وعلى هذا يكون من الوجوب تحريره بمعرفة أحد الموظفين المختصين (راجع تقرير جناب المستشار القضائى عن سنة ١٩٠٤ الملحق بالوقائع المصرية الصادرة فى ٥ ابريل سنة ١٩٠٥)

وقد نص به على أن العقود التى لا تسجل بالكيفية المذكورة لا يكون لها النتائج التى تترتب قانوناً على العلنية فى مسائل العقارات لان ملكيتها بالنسبة للغير لا تنتقل الا من وقت التسجيل

(٤) *Contrat commutatif* — فى كتب الشريعة يعبر عنها بعقود المعاوضات واستعملنا كلمة تعاوض احترازاً من اطلاقها على المعاوضة التى يتكلم عنها القانون وكان يجب تسميتها مقايضة لان المعاوضة تصدق على كثير من العقود كالبيع والمقايضة والاجارة وغيرها

(٥) بودرى وسينات جزء ١٩ ص ٣

(٦) *Contrat Aléatoire* — الغرر لغة الخطر واصطلاحا ما تردد بين السلامة والعطب وقال بعضهم هو ما شك فى حصول أحد عوضية والمقصود منه غالباً (شرح الزرقانى على صحيح الموطأ للامام مالك جزء ٣ ص ١٣٢) ونرى أن هذه أقرب تسمية لهذه العقود

المرهونة لحظ الشخص فقد يطول أجل البائع أو يقصر فيزيد مرتبه أو ينقص عن ثمن المبيع واجيب بأن كلاً من المتعاقدين قصد أخذ عوض لما أعطى وقت التعاقد ولو كان ما سيأخذ غير محقق الاّ أن صفة التعاوض على كل حال قائمة

ما يترتب على البيع

١٧ — ويترتب على البيع نقل الملك بمجرد التعاقد ولهذا يشترط أن يكون البائع مالكاً للمبيع كما صرح بذلك القانون فى المواد ٢٥ و ٩١ و ٢٦٦ أهلى - ٦٧ و ١٤٥ و ٣٣٦ مختلط فاذا باع ما لا يملك كان البيع باطلاً (٢٦٤ - ٣٣٦) وعوقب على ذلك (مادة ٢٩٣ ع)

ولكن نقل الملك بمجرد العقد لا يتحقق الاّ فى الاشياء المعينة بذاتها

فاذا كانت معينة بنوعها أو كان البيع بخيار التعيين فالملكية لا تنتقل الاّ بالتسليم أو باختيار أحد المبيعين (٢٦٧و٢٦٨ – ٣٣٧ و ٣٣٨) اذ البيع فى هذه الحالة يكسب المشترى مجرد حق شخصى ويجعل تعهد البائع عبارة عن تعهد بعمل شئ اذا لم ينفذه الزم بالتعويض

على أنه فى حالة بيع الاشياء المعينة بذاتها يجوز الاتفاق على تأجيل نقل الملك الى وقت معين أو الى حين وقوع حادثة مستقلة وذلك لأن نص المادة ٢٦٦ لا يتعلق بالنظام العام ولا حرج حينئذٍ من مخالفته وعلى هذا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن الملكية لا تنتقل للمشترى الاّ اذا دفع الثمن وفى هذه الحالة يبقى البائع مالكاً بالرغم من حصول التعاقد لان تأخير نقل الملك لا يمنع من انعقاد البيع وقد يصلح التأخير لتمكين البائع من تملك الشئ المبيع اذا لم يكن يملكه وقت البيع

وفى مقابل نقل الملك يلتزم المشترى بدفع الثمن الذى يجب أن يكون من النقود والاّ كان العقد مقايضة (معاوضة)

حكمه فى الحقوق المجردة

١٨ — ومما لاجدال فيه أن البيع كما يقع على الأعيان يقع على حق من الحقوق المترتبة عليها كحق الارتفاق والانتفاع والسكنى وحكم البيع فيها جميعاً واحد وهو نقل الملكية

ونقل الملكية يحصل بمجرد التعاقد بالنسبة للمتعاقدين أما بالنسبة للغير فمن وقت التسجيل وسيجئ بيان ذلك

ملاحظة على تعريف القانون المصرى

١٩ — على أن تعريف القانون المصرى لم يسلم من الملاحظة فالتعبير بأن البيع عقد يلتزم بهِ أحد المتبايعين نقل ملكية شئ لآخر تعبير غير دقيق لأن نقل الملك لا يتوقف على تعهد يقوم البائع بتنفيذه وانما هو حالٌّ وحاصل بحصول التعاقد اذ مجرد التراضى يجعله واقعاً(١) وما يحصل بعد ذلك هو التسليم وهو أمر خارج عن مسألة نقل الملك(٢)

فى الخلاف بين نصى المادة ٢٣٥ العربى والفرنساوى

٢٠ — كذلك نلاحظ على مادة ٢٣٥ أهلى خلافاً بين النصين العربى والفرنساوى فى حين انطباق النص الفرنساوى لمثيله فى القانون المختلط فقد جاء بالنص العربى بعد قوله دفع الثمن عبارة « المتفق عليه بينهما » مع أن ترجمة العبارة الفرنساوية المقابلة لها هي ما يأتي « دفع ثمنه الدال على القيمة التى قدَّر المتعاقدان بها المبيع »

والظاهر أن هذا الخلاف سرى لواضع القانون الأهلى من نقل هذه العبارة بغير تدقيق عن الترجمة العربية التى وضعت للقانون المختلط وقت صدوره وطبعت بالمطبعة الاميرية سنة ١٢٩٠ هجرية وهى ترجمة بها بعض التحريف الذى لا يسأل عنه واضع القانون المختلط لأنهُ وضع قانونه باللغة الفرنساوية

وانى أعنى بذكر هذا الخلاف لاعتقادى بأن التعبير المستعمل فى النص العربى فضلاً عن اقتضابه فانه مبعد لغرض الشارع من ايراده عبارة لم تكن واردة فى القانون الفرنساوى الناقل عنه ولا بد أن يكون أراد بها شيئاً خاصاً . يدل على ذلك أن التقييد بالاتفاق على الثمن قد تكلم عنه القانون فى المادة التالية مباشرة وهى الموضع اللائق بهِ لأن المراد منها بيان أركان البيع وشروط انعقاده فلم يكن من محل لذكر أحد الأركان فى التعريف خصوصاً وان فى ذلك تكراراً لا داعى له

مراد المقنن من عبارته

٢١ — وانا وان جهلنا فكرة الشارع من اضافته هذه العبارة لعدم وجود مذكرات أو تقارير بأعماله التحضيرية ولكن يمكننا أن نستنبط مراده كما يأتى :

(١) انظر مادة ٢٦٦ — ٣٣٦ (٢) راجع دوهلس جزء رابع فقرة ٤٢٩

أولاً — أراد أن يجعل هذه العبارة بمثابة تعريف للثمن وهي صالحة لذلك مجاراة لتعريفة فى الشريعة الاسلامية

جاء بمادة ٣٢٠ مرشد الحيران أن الثمن هو ما تراضى عليه العاقدان سواء زاد على قيمة المبيع أو نقص وجاء بمادة ١٥٣ من المجلة أن الثمن المسمى هو الثمن الذى يسميه ويعينه العاقدان وقت البيع بالتراضى سواء كان مطابقاً لقيمته الحقيقية أو ناقصاً عنها أو زائداً عليها

ثانياً — أن يضمن التعريف نص المادة ١٥٩١ من القانون الفرنساوى القاضى بأن تقدير الثمن وتعيينه يكون بمعرفة العاقدين

ويتفرع على ذلك :

١ — ان يكون حق تقدير الثمن فى القانون المصرى للعاقدين

٢ — وأن تكون لهما الحرية فى التقويم زاد تقديرهما عن القيمة الحقيقة أو نقص وهو مبدأ تقتضيه سرعة حركة التجارة وتسهيل تداول الأموال

٣— أنه ليس للعاقدين ابطال البيع بغبن يسير أو فاحش (وسيأتى الكلام فى موضعه على طلب تكملة الثمن فى حالة بيع عقار القاصر بثمن فاحش ٣٣٦ أهلى و ١٩ ٤ مختلط)

٤ — ان يكون الثمن حقيقياً ويخرج بهذا القيد الثمن الصورى والثمن التافه (راجع تعريف ذلك فى الكلام على الثمن)

الفرع الثانى — فى الفرق بين البيع والعقود المشابهة له

٢٢ — اطلق القانون للعاقدين الحرية فى مباشرة تعهداتهما بحسب ما يقع عليه اتفاقهما ما دام الاتفاق لا يخرج عن حدود النظام العام والآداب فأباح لهما استعمال ما أرادا من العبارات واختيار ما شاآ من الألفاظ والمسميات ولم يستلزم استعمال ألفاظ مخصوصة للتعاقد بحيث اذا أهملها المتعاقدان ولم يستعملاها كما وضعت كان العقد ملغى كما كان الآمر فى عهد القانون الرومانى و بعض القوانين القديمة

نشأ عن هذه القاعدة التى قررتها المادة (١٣٨ – ١٩٩) وتبعاً لانتشار حركة التجارة واتساع دائرة المعاملات ان ظهرت عقود تشترك بين البيع وغيره من العقود المعروفة الاخرى فيشتبه الأمر بين العقدين ويكون من المحتم البحث عن حقيقة نوع العقد ليعطى حكمه فاذا كان بيعاً سرى عليه حكم البيع وان كان هبة أو وصية أو اجارة او وكالة او غيرها جرى فيه حكم هذه العقود

لهذا يتعين علينا ان نشير لأهم الاتفاقات التى يكثر حصولها بهذه الكيفية ونبين اراء المحاكم بشأنها ثم نتبع ذلك بالروابط العمومية التى يجب أن تكون رائداً لكل مفسر فى تأويله وضابطاً لكل قاض فى حكمه

الاشتباه بالمقايضة

٢٣ — كثيراً ما يختلط الأمر بين اعتبار المشارطة بيعاً أو مقايضة فى حالة دفع أحد المتعاقدين مبلغاً من النقود بصفة فرق بدل

وهذه مسألة اختلفت فيها الآراء كثيراً

والرأى الراجح هو اعتبار مثل هذا العقد مقايضة الاّ فى حالة ما اذا تبين أن المبلغ المدفوع بصفة فرق يربو كثيراً على الشيء الذى أعطاه دافع الفرق عوضاً وأن الغرض الحقيقى من التعاقد هو الحصول على المبلغ

كذلك يشتبه الأمر في حالة ما اذا أعطى شخص عقاراً فى نظير منقول قابل لاستبداله بالنقد. كبيع بيت بثمن نصفه نقد ونصفه أوراق ذات قيمة كأسهم شركة من الشركات وقد حكمت محاكم فرنسا بأن هذا العقد يعتبر مشتركاً بين البيع والمقايضة ولكن محكمة النقض الفرنساوية حكمت باعتباره بيعاً لاشتماله على الاركان المكونة للبيع — تعليقات دالloz على مادة ١٥٨٢ جزء ٤ ص ٢ فقرة ٢٠

ومزية هذا البحث تظهر فى الشفعة فاذا اعتبر العقد بيعاً جازت والاّ فلا

الاشتباه بالايجار

٢٤ — قد يشتبه الحال أيضاً بين الايجار والبيع وكثيراً ما يشاهد ذلك فى المشارطات التى تعقدها بعض الشركات التجارية مع من يتعاملون معها (كشركة سنجر التى تبيع ماكينات الخياطة وشركة مصر الجديدة فى بناء المنازل وشركة جنائن

القبة) والعقود التى تتم بهذه الصفة تسمى عقوداً دائرة بين الاجارة والبيع [1]

وأهمية هذا التفريق تظهر بالأخص فيما يتعلق بالتصرف فى المبيع فاذا لم يعد العقد بيعاً اعتبر التصرف فى المبيع خيانة امانة أو نصباً على حسب الأحوال وعوقب المتصرف بالعقوبات الجنائية المنصوص عليها قانوناً كما يختلف حكم كل عقد بحسب الوصف الذى يلحقه بيعاً كان أو اجارة فلكل من العقدين أحكام خاصة أهمها أن المستأجر لا يملك غير المنفعة ولا يدفع الايجار الا عند انقضاء كل مدة من مدد الانتفاع ما لم يوجد شرط يخالف ذلك (مادة ٣٨٠ - ٤٥٠) ولكن المشترى يمتلك العين ويجب عليه دفع الثمن فوراً الا اذا اشترط التأجيل وغير ذلك من الفروق التى قررها الشارع لكل منهما فاذا اعتبر العقد اجارة سرى عليه حكمها واذا اعتبر بيعاً طبقت عليه أحكام البيع

وقد تناقضت الاحكام الصادرة من المحاكم الفرنساوية بشأن هذه الاتفاقات وربما جاء التناقض فى بعض الأحيان من اختلاف النصوص التى استعملها المتعاقدان وعلى هذا وجب أن نبين مع سرد تلك الأحكام نصوص الاتفاق الصادرة بشأنه حتى يصح القياس عليها

٢٥— أولاً — حكم بأن الاتفاق المسمى بين المتعاقدين باسم «ايجار» ومشترط فيه: أن يسلم أحد المتعاقدين الشيء المعقود عليه (آلة زراعية أو بيانو أو فنوغراف وغيره) وان الثانى يدفع ثمنه أقساطاً شهرية حتى اذا قام المستأجر بسداد جميع الأقساط فى مواعيدها يصير مالكاً حتماً للشئ المعقود عليه بغير التزام بدفع مبلغ آخر من الثمن يعتبر بيعاً معلقاً على شرط فاسخ وليس ايجاراً مقروناً بالوعد بالبيع أو معلقاً على شرط موقف لايجاد البيع — تعليقات دالاوز فقرة ٢٤ مادة ١٥٨٢

٢٦ — لأن مثل هذه الاشتراطات منافية لطبيعة عقد الايجار وبالعكس شاملة لجميع عناصر البيع وهى الاتفاق على المبيع والثمن وتسليم الشئ (بانديكت جزء ٥٩ فقرة ٤٨ — بيع)

---

(١) تعرف هذه العقود فى اللغة الفرنساوية باسم *Location - vente*

٢٧ — كذلك حكم باعتبار مثل هذا الاتفاق بيعاً ولو ذكرت بهِ شروط يلتزم بها فى العادة المستأجر لا المشترى — تعليقات داللوز فقرة ٢٧ مادة ١٥٨٢

٢٨ — واعتبر الاتفاق المشروط فيه الدفع أقساطاً . وفى حالة التأخير عن دفع أحد الاقساط يفسخ الاتفاق . بيعاً مقترناً بشرط فاسخ(١) ولو صرح العاقدان فى الاتفاق بأنها اجارة فان نوع العقد لا يتعين بالوصف الذى يصفه به المتعاقدان وانما يتعين بالمعنى المقصود منه والنتائج المترتبة عليه — باندكت جزء ٥٩ فقرة ٤٧ بيع

ويترتب على ما تقدم انه لو باع المستلم الشىء المسلم اليه فلا يعد خائناً للامانة لأنه لم يسلم اليـه على سبيل الاجارة . ولا نصاباً لانه لم يتصرف فى شىء غير مملوك له (مادتا ٢٩٣ و ٢٩٦ عقوبات)

٢٩ — وجامع هذا الرأى هو أن كل اتفاق على اعطاء شىء لآخر فى مقابل دفع أقساط فى أوقات معينة بصفة ايجار ومنصوص فيه على أن المستأجر يصبح مالكاً للشىء بعد دفع الاقساط يعد بيعاً ولو أطلق المتعاقدان عليه اسماً آخر فان طريقة الدفع لا تغير صفة العقد . والغرض هو جعل المستلم للشىء مالكاً له تحت شرط دفع أقساطه وفى العادة يكون بيعاً بشرط موقف لايجاد البيع

٣٠ — ثانياً — قد يتفق أن يكون قصد المتعاقدين هو جعل الاقساط التى يدفعها مستلم الشىء فى مقابل الانتفاع بالشىء المعقود عليه الى أن يدفع آخر قسط ثم يصبح مالكاً له ففى هذه الحالة ينبغى مراعاة قصدهما وتعيين نوع العقد بالصفة التى اراداها وأن يعتبر الاتفاق الذى يكون من هذا القبيل اجارة بشرط فاسخ وبيعاً بشرط موقف (أى يعطى له الصفتان معاً) وذلك لأنهُ لا يجوز للمستأجر أن يدعى امتلاك الشىء المسلّم الاّ بعد دفع آخر قسط حسب الاتفاق — تعليقات داللوز فقرة ٢٨ مادة ١٥٨٢

٣١ — واخذاً بهذا الرأى حكم بأن الاتفاق الحاصل بكيفية أن مالك المعمل الذى يؤجره بالأدوات والمهمات المستعملة به ومنصوص فيه على أن الآلات

---

(١) Pacte commissoire

لا تعتبر ملكاً للمستأجر الاّ بعد أن يدفع مبلغاً معيناً يعد اجارة بشرط فاسخ أو بيعا بشرط موقف ولكن لا يعتبر بيعاً نهائيًّا وعلى هذا تبقى الأدوات لحين تحقق الشرط ملكاً للمؤجر وتعتبر مالاً ثابتاً ملحقاً بالعقار طبقاً لنص المادة ٤ من القانون المدنى بمعنى أنه لا يسوغ الحجز عليها منفردة عن العقار المتعلقة به — باندكت ٥٩ ج ٥٩ بيع

٣٢ — وان الاتفاق على تأجير آلة بخارية لزمن و بأجر معينين المطلق عليه اسم « وعد بالبيع » ولكن مشترط فيه أنه يجوز للمستأجر أن يشتريها فى أثناء مدة الايجار بثمن معين يخصم منه قيمة الأجرة السابق دفعها لا يعد بيعاً لأجل يؤخذ عنه رسم البيع وانما يعتبر اجارة مقترنة ببيع تحت شرط و يستحق عليه رسم الايجار فقط — « باندكت فقرة ٥٨ جزء ٥٩ بيع »

٣٣ — و بأنهُ لو صنعت احدى الشركات آلات (كتركيب وابور أو أدوات حليج) وسلمت بصفة ايجار مشترط فيه أن صاحب المعمل لا يملك الأدوات المسلمة اليه الاّ بعد سداد جميع الأقساط فهذا الاتفاق يعتبر ايجاراً مقترناً بالوعد بالبيع ولا يمكن اعتبار الشرط شرطاً فاسخاً وعلى هذا لا تعتبر هذه الأدوات قبل دفع الاقساط المتفق عليها مالاً ثابتاً ملحقاً بالعقار وبالتالى لو رهن المالك العقار المقامة عليـه هذه الأدوات فانها لا تدخل ضمن الرهن — باندكت فقرة ٦٠ ج ٥٩ بيع

٣٤ — والاتفاق على أن يكون للمستأجر الخيار فى شراء الشئ المؤجر بعد انتهاء مدة الايجار فى مقابل دفع مبلغ معين لا يجعله مالكاً له الاّ بعد انتهاء الايجار ودفعه المبلغ المذكور لأن هذا الخيار يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن الايجـار بمعنى أنهُ لو أشهر افلاس المستأجر فى الاثناء فللمؤجر حق طلب الشئ المسلم اليه وسحبه من التفليسة ... « باندكت فقرة ٦٣ ج ٥٩ بيع »

٣٥ — وقد حكم فى الحالة المذكورة فى الفقرة نمرة ٢٥ السابقة بأن الاتفاق يعتبر ايجاراً مقترناً بالوعد بالبيع كما حكمت بذلك بعض المحاكم . أو بيعاً مصحوباً بشرطين أولاً شرط موقف لايجاد البيع وهو دفع الثمن بعد أقساط معينة وثانياً شرط دفع

قيمة الاجارة الملازمة للبيع والتى تنتهى بدفع آخر قسط بينما يتحقق شرط البيع ويتم بهذا الدفع — تعليقات داللوز فقرة ٣٢ مادة ١٥٨٢

وعلى هذا الرأى الأخير لا تنتقل الملكية الا بعد تمام دفع الأقساط بحيث اذا لم يُدفع آخر قسط فلا يزال مستلم الشىء مستأجراً ملتزماً بالتعهدات المفروضة على كل مستأجر فى القانون. ولا يعد مشترياً بحيث اذا بدد الشىء كان خائناً للأمانة أو تصرف فيه كان نصاباً ومستحقاً للعقاب — تعليقات داللوز فقرات ٣٣ و ٣٤ — مادة ١٥٨٣

الاشتباه باجارة ارباب الصنائع

٣٦ — قد يشتبه البيع أيضاً باجارة الصناعة . وقد حكم بأن الاتفاق الذى يتعهد بهِ شخص بتسليم عقار شامل للأرض والبناء المقام عليها بناء على رسم ومقايسة وافق عليهما الطرف الآخر فى مقابل دفع ثمن معين يعد بيعاً لا مجرد تعهد بعمل شىء — « تعليقات داللوز فقرة ٤٦ مادة ١٥٨٢ »

٣٧ — والاتفاق الذى من مقتضاه بناء مركب يقوم الصانع بكل ما يلزمها من الادوات والعمل والصناعة يعد بيع سلم(١) لا اجارة صناعة بمعنى أن الصانع يبقى مالكاً للمركب حتى يسلمها لطالبها — تعليقات داللوز فقرة ٤٧ مادة ١٥٨٢

الاشتباه بالتوكيل

٣٨ — كذلك يشتبه بالتوكيل وفى هذا الصدد حكم بأن الاتفاق الذى يتعهد بمقتضاه شخص بأن يشرك آخر فى عقار معروض للبيع بالمزاد اذا رسا مزاده عليه لا يعد توكيلاً صادراً للمتعهد بالشراء لحساب المتعهد له وانما يعتبر وعداً بالبيع أو تعهداً بتنازله عن بعض ما يؤول اليه بالمشترى من المزاد — تعليقات داللوز ٥٠ مادة ١٥٨٢

الاشتباه بهبة بعوض

٣٩ — فى هذا المقام حكم بأنه اذا كان العوض قابلاً لتقدير قيمته نقداً ومساوياً لقيمة الشىء المعطى يعتبر بيعاً — تعليقات داللوز ٦٣ مادة ١٥٨٢

فالبيع الحاصل من الآباء للأبناء فى مقابل عوض مفروض على الأبناء ومساوٍ لقيمة ما أخذوه من آبائهم يعد بيعاً — تعليقات داللوز فقرة ٦٤ مادة ١٥٨٢

---

(١) فى الاصل الفرنساوى Vente à livrer أى بيع مؤجل تسليم المبيع فيه وقد اخترنا أن نطلق عليه اسم « بيع السلم »

٤٠ — للمحكمة أن تبحث فى ماهية العقد وأن تعده عقد هبة اذا ظهر أن المتعاقدين قصدا ذلك بأن كتب المشترى ورقة يقول فيها أنهُ لا يجوز له التصرف ولا وضع اليد الاّ بعد وفاة البائع وأن للبائع حق الرجوع فى البيع — الاستئناف ١٦ فبراير سنة ٩١٠ — الاستقلال ص ٢٦٦ سنة ٧

تنبيه — الظاهر ان شرط الرجوع وعدم التصرف الاّ بعد وفاة البائع يجعل العقد أقرب الى الوصية منه الى الهبة

الاشتباه بالصلح ٤١ — معلوم أن الصلح يتشكل باشكال مختلفة منها البيع وعلى هذا يكون من المتعين بيان حقيقة العقد المعنون بالصلح

وقد حكم بأنه اذا تنازل شخص لآخر عن عقار غير متنازع فيه مقابل تنازل ذلك الآخر عن حقوقه التى يدعيها على العقارات موضوع النزاع أو ترك شخص حقه الذى يدعيه على أعيان مقابل مبلغ من النقود كان ذلك بيعاً تاماً وترتب عليه نتائج البيع ولو لم تذكر ألفاظ البيع فى الشروط — تعليقات دالوز ٦٩ مادة ١٥٨٢

٤٢ — وهذا الرأى موافق لنص المادة ٥٣٩ مدنى أهلى (٦٦١ مختلط) التى قضت بأن الأصول الموضوعة للصلح لا تجرى الاّ اذا كانت موافقة لنوع العقد المعنون بالصلح متى تبين أنه متضمن فى نفس الأمر بيعاً أو هبة أو غيرها أياً كانت الالفاظ المستعملة فيه

٤٣ — وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأن الصلح الذى يحصل بين خصمين يدعى أحدهما أنه مالك للاطيان المتنازع عليها بعضها بطريق الشراء وبعضها بمضى المدة الطويلة ويدعى الآخر أنه يملكها بطريق الميراث ويكون مضمون الصلح أن مدعى الملكية بالميراث يتنازل عن دعواه مقابل مبلغ من النقود وعن كل دعوى وطلب آخر قبل خصمه ويبرئه من كل حق آخر وخصمه يبرئه كذلك من كل حق له قبله لا يعد بيعاً للعقارات التى حصل الصلح عنها وانما صلحا عن حق متنازع فيه وعلى هذا لا يجوز طلبها بالشفعة — راجع حيثيات حكم الاستئناف الرقيم ٢٥ ابريل سنة ٩٠١ مجموعة رسمية سنة رابعة نمرة ٢٦ ص ٦١

٤٤ — ومتى اعتبر الصلح بيعاً لزم البائع ضمان الشيء المتنازل عنه كما لزمه غير ذلك من احكام البيع

٤٥ — حكم فى هذا الصدد بأنه اذا باع شخص جزءاً من منزله الى زوجته و بناته بمقتضى عقد عرفى مسجل واشترط فيه انه تنازل عن الثمن المتفق عليه وان الحصة المذكورة تبقى فى ملكيته وتحت حيازته لحين وفاته : — الاشتباه بالوصية

فهذا العقد يجب اعتباره عقد وصية لأن التمليك فيـــه مضاف الى ما بعد الموت وبلا عوض وانه لكونه محرراً لصالح بعض الورثة فهو غير نافذ لعدم اجازته من باقى الورثة — حكم محكمة طنطا الاستئنافى ٧ ديسمبر ١٩٠٩ نمرة ٤٥ ص ١٢٥ مجموعة رسمية سنة ١١

٤٦ — باع والد لولده قطعة أرض فى مقابل مائتي جنيه بمقتضى عقد مسجل وتحرر بينهما فى الوقت نفسه عقد آخر اتفقا فيـــه على أن لا يضع الولد يده على المبيع الا بعد وفاة أبيه وأن يقوم بخدمته وطاعته فان أخل بشيء من ذلك فلا حق له فى وضع يده على الارض المبيعة له والمحكمة قررت : —

اعتبار التصرف الحاصل بينهما وصية وان للوالد حق الرجوع فيها بناءً على ذلك « محكمة الزقازيق الابتدائية ١٦ ديسمبر ٩٠٩ نمرة ٤٧ ص ١٣٧ مجموعة رسمية سنة ١١ »

٤٧ — تعاقد والد مع أبنائه بمقتضى عقد مسجل على أنه باع لهم أملاكه المبينة بالعقد وسلمها اليهم وقبض ثمنها وان لهم كامل حقوق التصرف فيها وأن ينقل تكليفها لاسمهم ويدفعوا ما هو مقرر عليها من الضرائب . وتعاقد معهم أيضاً بمقتضى عقد آخر مسجل تحرر فى نفس اليوم الذى تحرر فيه العقد الاول على أنه ليس لهم ما دام والدهم على قيد الحياة حق التصرف في هذه الأملاك بالبيع او الرهن أو الاجارة أو الوقف وان جميع الريع يكون تحت تصرف والدهم ما داموا معه فى معيشة واحدة وانه اذا اختصوا بزراعة الارض لأنفسهم أو حصل تفريق بينهم وبين والدهم فى المعيشة كانوا ملزمين بدفع مبلغ معين لوالدهم فى كل سنة ما دام حياً

والمحكمة قررت : — ان العقد الأول يعتبر عقد بيع والثانى يعتبر تنازلاً عن

حق الانتفاع أو ترتيب ايراد مقيد بمدة الحياه وان العقدين لا يمكن اعتبارهما وصية لان الوصية فضلاً عن كونها دائماً بلا مقابل فانه يشترط فيها أن تبقى الملكية مع الموصى حتى الوفاة وهنا قد انتقلت الملكية الى أولاده بقطع النظر عن القيود التى قيد بها حقهم فى الانتفـاع بالأعيان — الاستئناف الاهلى ٢٣ فبراير سنة ٩١١ سنة ٨٢ مجموعة رسمية ١٢

الاشتباه بالقرض المخفى للربا

٤٨ — حكم فى هذا الموضوع بأن للقاضى ان يفسر عقداً يتمسك به أحد الخصوم بالمعنى الحقيقى الذى قصده المتعاقدان وله حينئذٍ أن يحكم بأن العقد انما هو عقـد قرض بالربا فى صورة عقد بيع فاذا حكم القاضى بذلك أمر بتنقيص المبلغ الوارد فى العقد بحيث لا يقبض المقرض من الفوائد الا أكبر مبلغ يبيح القانون الاتفاق عليه « محكمة اسنا الجزئية ١١ ابريل ٩٠٥ نمرة ٤١ مجموعة رسمية س ٨٨ س ٧ »

٤٩ — ذلك طرف من الآراء الخلافية في المسائل المشتبهة مع البيع نقتصر على ايراده اذ من التعسف محاولة الالمام بجميع الاحكام والآراء وهى شتى ومن المستحيل احصاؤها عداً ولكننا نشفعها بهذه القاعدة العامة :

يتبين مما تقدم ان المحاكم غير مقيدة بالاسماء والاوصاف التي يسمى أو يصف المتعهدان بها تعهداتهم بل عليها أن تعرّفها بصفتها الحقيقية ومراد المتعاقدين منها طبقاً للقاعدة التي قررتهـا المادة ١٣٨ أهلي (١٩٩ مختلط) وقاضية بوجوب تفسير المشارطات بحسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصداه منها مهما كان المعنى اللغوى للالفاظ المستعملة وذلك بمراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى

٥٠ — وحكمت المحاكم تبعاً لهذا المبدأ بان لها الحق فى تفسير العقود بغير أن تكون مقيدة بالأسماء التى أعطاها المتعاقدان لها — استئناف الزقازيق ٢ مايو سنة ١٩٠٦ محاكم ١٧

٥١ — بشرط أن تتحرى الصفة الحقيقية لها وقصد المتعاقدين منها . « بورللى . مختلط ٢٠ يناير سنة ٨١ »

٥٢ — ولكن لا محل للتأويل الا عند احتمال الالفاظ لعدة معان . فاذا كان

نص الاتفاق صريحاً خالياً من اللبس فلا مساغ للتأويل — الاستئناف الاهلى ٦ فبراير سنة ٩٣ الحقوق ٨ ص ٣٥ والاستئناف المختلط ١٨ يناير سنة ٨٧٧ بورللى ص ٩٥

٥٣ — ولها أن تستعين فى التأويل بطريقة التنفيذ التى نفذ المتعاقدان بها الشروط ان كان حصل التنفيذ — بورللى استئناف مختلط ٧ نوفبر سنة ١٨٧٨ ص ٩٥

٥٣ — وان لا تأخذ بالمعنى اللغوى للالفاظ المستعملة فى المشارطة متى كانت تخالف مخالفة صريحة لشروطها — بورللى استئناف مختلط ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ — مادة ١٩٩

٥٥ — ويشترط أن لا يؤدى تفسيرها لتغيير صفة الاشتراطات المقصودة منها — « مجموعة داللوز عن احكام المحاكم ص ٤٥٧ » .

٥٦ — وان تراعى فى التفسير عند قيام الشك الوجه الذى يساعد ما أمكن على صحة المشارطة — استئناف مصر ٢٩ مارس ١٩٠٢ مجموعة رسمية ٥ ص ١٩٢

٥٧ — وفى فرنسا يؤدى تغيير الصفة المستفادة من العقد بأن تصفه المحكمة بصفة عقد آخر الى جعل الحكم قابلاً للنقض — داللوز فقرة ٧٦ جزء ٤ بيع

٥٨ — فمتى روعيت القواعد السابقة واستعملت اصالة الرأى وسلامة النظر فى تقدير الوقائع أمن الباحث الزلل وضمن الابتعاد عن مواقع الخطأ والخطل. وهذه المبادئ يجمعها فى الشريعة الاسلامية تلك القاعدة المعروفة وهى : العبرة للمقاصد والمعانى لا للالفاظ والمباني وكل اتفاق مبنى على معنى التمليك أو التملك يعد بيعاً (مادة ٢٥١ مرشد الحيران) والحكم الذى يترتب على أمر يكون على مقتضى المقصود من ذلك الأمر (مادتا ٢ و ٣ من مجلة الأحكام الشرعية)

الفرع الثالث — فى حكم البيوع السابقة على القانون

٥٩ — لا نزال نشاهد أن للمتقاضين فائدة ظاهرة فى التمسك بالبيوع التى تمت قبل العمل بالقانون لهذا وجب علينا أن نتكلم على حكمها وان كان فى الحقيقة مرجع ذلك متعلقاً بموضوع سريان القوانين على ما سبقها من الحوادث فنقول :

قضت المادة الثالثة من لائحة ترتيب المحاكم الأهليـــة (مادة ٤٠ لائحة ترتيب المحاكم المختلطة و ٢ مدنى مختلط) بأن أحكام القوانين والأوامر لا تسرى الاّ على الحوادث التى تقع من تاريخ العمل بمقتضاها ولا يكون لها تأثير على الوقائع السابقة عليها ما لم يكن منبهاً عن ذلك بنص صريح فيها

٦٠ — ومعنى ذلك أن القوانين الأهلية (أو المختلطة) لا تسرى على البيوع الحاصلة قبل العمل بها

٦١ — فما هى الشريعة الواجب اتباعها اذن لحسم ما يطرأ من النزاع الآن أمام القضاء بشأن عقود البيع المذكورة ؟

لم تتردد المحاكم فى الحكم بأن الشريعة الواجب اتباعها فى هذه الحالة هى الشريعة الاسلامية لأنها كانت شريعة البلد وذلك تطبيقاً للمبدأ الوارد بالمادة السابقة .

«استئناف قناسنة ١٨٩٥ القضاء ٢ صحيفة ٣٤٨ والمختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ سنة رابعة ص ٢١٦»

٦٢ — وبأن لا تسرى أحكام القوانين على ما سبقها من الحوادث فاذا حصل نزاع بين متعاقدين كان الحكم فيه بحسب القانون الذى كان معمولاً به وقت العقد لا وقت النزاع — استئناف أهلى ١٩ مايو سنة ١٨٩٤ حقوق ٧ ص ١٠٥ وجلاد مادة ٣ ترتيب المحاكم

٦٣ — وذلك لأن المتعاقدين يتعاقدان بملاحظة الأحكام المنصوص عليها بالنسبة لعملهما فى القانون النافذ عليهما والمعروف لديهما وقت التعاقد — استئناف ١٠ مايو سنة ١٨٩٤ الحقوق ٨ ص ١٣١ وجلاد مادة ٣ ترتيب المحاكم نمرة ٧

٦٤ — فكل بيع حصل وفقاً للشريعة الاسلامية يعتبر حجة بين المتعاقدين وعلى الغير ولو كان من جنسية أجنبية — مختلط ١٨ يونيو ١٨٩١ س ٢ ص ٤٠٥ فقرة ٤٦٦٠ مجموعة أولى

٦٥ — اذ الشريعة الاسلامية كانت سارية على جميع الاشخاص بلا فرق بين جنسياتهم وطنيين كانوا أو أجانب وكل تراض يقع بين الخصوم فيما عدا الأراضى الخراجية يجعل البيع تاماً وصحيحاً قبل الغير وتسليم حجة البيع لم يكن لازماً الاّ لثبوته لا لنقل الملك — مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٨٨٨ فقرة ٤٦٥٩ مجموعة أولى

٦٦ — والبيوع الصادرة قبل انشاء المحاكم كانت خاضعة للقوانين العثمانية(١) وهى لا تشترط لصحتها غير الرضاء ولو مشافهة من البائع والمشترى بالمبيع والثمن ولم تنص على شئ فيما يتعلق بنقل الملك والاحتجاج به على الغير بحسب الأوضاع المقررة فى الشرائع الحاضرة

وتسجيل هذه العقود لم يفرضه القانون المختلط فهى حينئذٍ عقود صحيحة يحتج بها على الغير ولو لم يكن المشترى موقعاً عليها وليس لها تاريخ ثابت بالتسجيل ما دام يظهر أنها لم تحصل بطريق الغش — مختلط ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ فقرة ٤٦٦١ مجموعة اولى

٦٧ — كذلك حكم بأن عقد البيع السابق حصوله على انشاء المحاكم المختلطة وصادر على يد شهود أمام السلطة الدينية التابع لها المتعاقدان(٢) وبغير توقيع من البائع والمشترى طبقاً للعرف الذى كان جارياً وقتئذٍ يعتبر صحيحاً خصوصاً اذا تبين ان العقد نفذ عقب حصوله واستولى المشترى على المبيع بحيث انه لا يزال باقياً تحت يد من تلقوا الحق منه — مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ — س ١٤ ص ١٠١ فقرة ٤٣٣٢ مجموعة ثانية

٦٨ — وبأن قاعدة عدم جواز التصرف فى الأملاك المخصصة للمنافع العمومية لم تكن معروفة فى مصر قبل صدور القانون المدنى ومن ثم فليس للحكومة أن تدعى ملكية أرض لم تدفع لهـا ثمناً بناء على أنها كانت منذ خمسين سنة مخصصة للمنافع العمومية وان الحكومة باعتها بدون حق قبل العمل بالقانون المدنى — الاستئناف الاهلى أول ابريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية نمرة ٧٧ سنة ١٤

٦٩ — وقصارى القول يجب مراعاة قاعدة احترام الحقوق المكتسبة واتباع أحكام الشريعة الاسلامية والقوانين التى كان معمولاً بها كاللائحة السعيدية وغيرها فيما ينشأ من النزاع قبل اصدار القوانين سواء كان ذلك فيما يختص بشكل عقود البيع المذكورة

---

(١) من المعلوم أن المتبع في بلاد الدولة العلية هى مجلة الأحكام العدلية الشهيرة

(٢) كانت تحصل هذه العقود عادة فى المحكمة الشرعية وشوهد ان بعضها كان يحصل على يد مأذون البلد

أو موضوعها . بشرائط صحتها أو بطلانها . بطرق اثباتها أو فسخها أو غير ذلك من الشروط

وذلك بغير نظر لما عساه يطرأ من خلاف فى الحكم بينها وبين القانون فانه بحسب الأحكام السابقة على القانون لم تكن هناك حاجة لتسجيل عقود البيع — « مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٨٦ بورللى مادة ٢ والاحكام السالفة »

٧١ — والبيع السابق على القانون يكون حجة على الغير ولو لم يسجل خلافاً للقاعدة المقررة في القانون — مختلط ٢ مارس سنة ١٨٨٢ والأحكام السابقة

٧٢ — وتفسر عقود البيع طبقاً للقانون الذى صدرت فى عهده (أى الشريعة الاسلامية) وتجرى فيها أحكامه — تعليقات دالاوز فقرة ٧٩٩ مادة ٢ مدنى

٧٣ — والحق الذى يكون معلقاً على شرط فاسخ لم يتم الا فى عهد القانون ينتج مفعوله ولو كان القانون الجديد لا يجيز ذلك — تعليقات دالاوز فقرة ٨٢٠ مادة ٢ مدنى

٧٤ — وكذلك يتبع فى فسخه أحكام الشريعة فاذا كانت تجيز الفسخ وأبطله القانون سرى حكم الشريعة — قارن تعليقات دالاوز فقرة ٨١٤ مادة ٢

٧٥ — تلك هى القواعد العامة وبدونها ما كان للناس أن يأمنوا على معاملاتهم أو يطمئنوا على حقوقهم فما كان لأحد أن يعلم الغيب فيتنبأ بما تأتى به القوانين الجديدة فيراعى أحكامها ويحتاط لأوامرها ونواهيها ويعرف محللاتها ومحرماتها وانما يعرف ما صدر من القوانين ووجب عليه العلم والعمل به

الفصل الثانى

فى انعقاد البيع

قوانين مصرية

مادة ٢٣٦ أهلى — لا يتم البيع الاَّ اذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمنه (تطابق ٣٠١ مختلط)

مادة ٢٣٧ أهلى — يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة . انما فى حالة الانكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الاثبات

مادة ٣٠٢ مختلط — يجوز أن يكون البيع بالكتابة بسند رسمى أو غير رسمى

مادة ٣٠٣ مختلط — ويجوز أن يكون البيع مشافهة أو بالاشارة وانما فى حالة الانكار . . . . الباقى مطابق لمادة ٢٣٧ أهلى

شريعة اسلامية

مادة ٢٥٠ مرشد الحيران — لا يصح البيع الا بتراضى المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وتعيين الثمن والمثمن الا اذا كان لا يحتاج معه الى التسليم والتسلم فانه يصح بدون معرفة قدر المبيع

مادة ٢٥١ منه — ينعقد البيع بايجاب وقبول أى بكل لفظين منبئين عن معنى التمليك والتملك

مادة ٢٥٢ منه — كما ينعقد البيع بالايجاب والقبول خطاباً يصح انعقاده بهما تحريراً أو مكاتبة ويشترط القبول فى مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه فلو كتب الى رجل اشتريت عبدك هذا بكذا فكتب اليه رب العبد بعته منك كان بيعاً . وينعقد البيع ايضاً بالاشارة المعروفة للأخرس

مادة ٢٥٣ منه — يصح انعقاد البيع بالتناول والتعاطى ولو من أحد الجانبين بعد بيان الثمن فيما يكون ثمنه غير معلوم ما لم يصرح البائع مع التعاطى بعدم الرضا

(راجع أيضاً ١٦٧ و ١٦٨ و ١٧٣ و ١٧٤ و ١٧٥ و ١٧٦ من المجلة)

قانون فرنساوى

مادة ١٥٨٣ — اذا حصل التراضى على الثمن والمبيع تم البيع بين المتعاقدين وانتقل ملك المبيع بحكم القانون للمشترى بالنسبة للبائع ولو لم يحصل تسليمه ولا قبض الثمن

مادة ١٥٨٢ فقرة ثانية — ويجوز أن يكون (أى البيع) بعقد رسمى أو عرفى

الفرع الأول — في أركان الانعقاد وفيما ينعقد بهِ البيع

اركان الانعقاد

٧٦ — ينعقد البيع بتوفر ثلاثة أركان وهى :

١ — تراضى المتعاقدين اذ لا يتم تعاقد بغير رضاء (لا إلزام بلا إلتزام)

٢ — ومبيع — وهو محل التزام البائع

٣ — وثمن — وهو محل التزام المشترى

فمتى توفرت هذه الأركان تم البيع طبقاً لنص المادة (٢٣٦ أهلى — و ٣٠١ مختلط) السالف الذكر .

٧٧ — يزيد بعضهم شرطاً رابعاً وهو اتصاف المتعاقدين بالأهلية الشرعية ولكن الأهلية شرط صحة لا شرط انعقاد فبيع عديم الأهلية ينعقد بتوفر الأركان الثلاثة السابقة ولكن انعقاده يكون قابلاً للابطال (مادة ١٣١ — ١٩١)

٧٨ — ولاحظ الاستاذ بلانيول ان انعقاد البيع يتوقف أيضاً على اتفاق المتعاقدين على جميع الشروط التى علق عليها تراضيهما (راجع فقرة ١٣٥٤ ص ٤٦٠ جزء ثان) وهى ملاحظة صائبة وان كانت داخلة فى عموم التراضى لأن ما يصدق على الكل يصدق على البعض

فيما ينعقد به البيع

٧٩ — والبيع ينعقد بمجرد تراضى المتعاقدين سواء ورد على منقول أو عقار لأنه من عقود التراضى (مادة ٢٣٦ — ٣٠١) — انظر فيما يلى فقرة ٨٩ وما بعدها

وهذا حكمهُ أيضاً فى الشريعة الاسلامية (٢٥٠ مرشد) والقانون الفرنساوى (١٥٨٣) .

٨٠ — والكتابة ليست لازمة لصحته أى متى تم الرضاء على المبيع والثمن تم البيع وانتقل الملك بلا حاجة لكتابة عقد رسمى أو عرفى به . ولا اتخاذ أى اجراءات أخرى كالعلانية المشترطة لصحة بعض العقود (الهبة والرهن العقارى) . ولا توقف على تسليم المبيع أو دفع ثمنه[1]

(١) وذلك عكس ما كان جارياً فى عهد القوانين الرومانية كما تقدم

يستفاد ذلك أيضاً من أحكام القانون فى مواضع أخرى فقد قرر تطبيقاً للقاعدة العامة الواردة بمادة (٩١ — ١٤٥) بأن البيع ينقل بمجرد عقده ملكية المبيع الى المشترى بالنسبة للمتعاقدين ولمن ينوب عنهما (مادة ٢٦٦ — ٣٣٦)

٨١ — وجرياً على ذلك حكمت المحاكم بأنه لانعقاد البيع وجعله تاماً بين المتعاقدين لايشترط تحرير عقد علنى . فالبيع يجوز حصوله ولو شفهاً — مختلط ٢ يونيه سنة ٩٠٨ فقرة ٤٣٣١ مجموعة ثانية

٨٢ — وبأن الانعقاد لا يتوقف على تحرير عقد البيع العرفى أو الرسمى ولا على تسليم الحجة حتى ولو كان مشترطاً تسليمها هى والتقسيط (سند الملكية) —

« مختلط ٢٧ يناير سنة ١٨٨١ ومايو سنة ١٨٧٨ سنة ٣ و ٢٩ يناير سنة ١٨٨٠ سنة ٥ ص ١٣٠ و ٢١ ديسمبر سنة ٩٥ س ٨ ص ٢١٠

التراضى بالمشافهة او الكتابة

٨٣ — وتراضى المتعاقدين بالبيع أما أن يكون بالمشافهة أو الكتابة . واذا كان بالكتابة فلا فرق بين تحريره بعقد عرفى أو عقد رسمى . على أنه يلاحظ هنا أن عبارة المادة ٢٣٧ أهلى عامة من حيث جواز حصول البيع بالكتابة فلم تفصل كما فصلت مادة ٣٠٢ مختلط الكتابة الى كتابة عرفية وكتابة رسمية ولكن ذلك مفهوم بطبعه لأن الغرض من الكتابة هو الاثبات . لذلك لم تتردد المحاكم فى تطبيق المادة ولم يختلف أحد فى مفهومها لأن الفرق بين الكتابتين ينحصر فى قوة الاثبات

التراضى بالاشارة

٨٤ — نصت المادة ٣٠٣ مختلط على جواز حصول البيع بالاشارة (كاشارة الأخرس) وهو نص منقول عن الشريعة الاسلامية (راجع مادة ٢٥٢ مرشد الحيران)

ولم يرد هذا النص بالقانون الأهلى ولكن السكوت عنه ليس بمانع من انعقاد البيع متى قام الدليل بحصوله بناء على رضاء الأخرس الحاصل بالاشارة اذ العبرة هى ثبوت حصول التراضى وكل ما دل عليه من قول أو اشارة جاز قبوله وانعقد به البيع

فقد قرر فقهاء الشريعة أن كل لفظ منبئ عن معنى التمليك أو التملك يفيد البيع ولو لم يكن بصريح لفظ بعت أو اشتريت

وقال الشراح ان ابداء الرضاء لا يتوقف على شكل خاص فيكون صريحاً بالكتابة أو القول أو الاشارة كما يكون ضمنياً بالأفعال لأنهُ يتكون بالموافقة النفسية —

انظر بودان كتاب العقود والتعهدات فقرة ٦٧ — وانظر أيضاً الكلام على الايجاب والقبول وعلى بيع التعاطى فى الشريعة الاسلامية فيما يلى

٨٥ — تلك هى القواعد الأصلية لانعقاد البيع ولا استثناء لهـا الاَّ فى بعض أحوال خاصة ترجع لنص القانون أو لاتفاق المتعاقدين

استثناء قانونى من قاعدة التراضى

٨٦ — أولاً — قد يشترط القانون أن تحصل بعض البيوع بمحررات (رسمية أو غير رسمية[1]) من ذلك بيع السفن التجارية والمراكب البحرية المنصوص عليها فى قانون التجارة البحرى فيجب أن يحصل بيعها بمقتضى سند رسمى والاَّ كان البيع لاغياً ولو كان حصل بالتراضى (مادة ٣ منه)

والمقصود بهذه المراكب هى السفن التى تسير فى البحار أما المراكب التى تسير فى نهر النيل فلا ينطبق عليها نص المادة وحينئذٍ يرجع أمرها للحكم العام —

«الاستئناف الاهلى ٢٢ فبراير سنة ١٩١١ الاستقلال عدد ٣٣ و٣٤ سنة سابعة صحيفة ٢٦٨»

استثناء بمقتضى الاتفاق

٨٧ — ثانياً — أما ما ينشأ عن اتفاق المتعاقدين من الاستثناء فيكون فى حالة ما اذا اتفق البائع والمشترى على أن البيع لا يتم ولا يتحقق الاَّ بعد تحرير عقد به ولو حصل اتفاق على المبيع والثمن وهذا الشرط ليس بمحظور قانوناً وعلى ذلك يعتبر قانون المتعاقدين

ويرجع فى تفسير هذا الاتفاق وما يترتب عليه من الاحكام الى قصد المتعاقدين ولذلك يترك تقديره للقاضى

فقد يتبين أن قصد المتعاقدين هو أن البيع لا يقع ما لم تحصل الكتابة كما اذا ثبت أنهما أرادا فقط الاتفاق على مشروع بيع لا يربطهما الاَّ اذا تحرر العقد

---

(١) يقضى المشروع المعروض من الحكومة المصرية على الدول بخصوص التسجيل بأنه يجب تحرير عقود البيع فى العقارات بسندات رسمية حتى يجوز قبول تسجيلها (راجع تقرير جناب المستشار القضائى عن سنة ١٩٠٤ المنشور فى الوقائع الرسمية الصادرة بتاريخ ٥ ابريل سنة ١٩٠٥) اقتداً ببعض البلاد الأجنبية كبلجيكا والمانيا وايطاليا وغيرها — راجع فيما سبق ص ١٩

كما قد يتبين أن القصد من اشتراط تحرير العقد هو الاثبات فقط لأن المتعاقدين اتفقا على البيع وشروطه وفى هذه الحالة ينعقد البيع وتترتب عليه أحكامه فى الحال قبل تحرير العقد لأن المراد هو اثباته بالكتابة خشية الانكار. ويكون التعهد بتحرير العقد فى هذه الحالة تعهداً « بعمل شئ » يرجع فى تنفيذه الى القواعد العامة الخاصة بتنفيذ جميع التعهدات

٨٨ — تلك هى الاستثناءات ولكن الاصل أن البيع يتم بمجرد التراضى فاذا تحرر به عقد فالغرض منه اثبات حصوله لا أن الكتابة شرط لصحته —

« راجع بودان فقرة ١٥٤ صحيفة ١٠٦ — كتاب البيع والاجارة »

وسيجئ فيما بعد الكلام على اثبات البيع وعلى حالة اشتراط تحرير عقد به وذلك عقب الفراغ من شرح الأركان الثلاثة السابق ايضاحها وهى : التراضى . والمبيع . والثمن

الفرع الثانى — فى الركن الأول — وهو التراضى

المبحث الأول — قواعد عمومية

٨٩ — لا ينعقد البيع الا اذا اشتمل تراضى المتعاقدين على جميع الاركان المكوّنة له فيما يشتمل عليه التراضى

فينبغى ان يحصل الاتفاق بينهما على

١ — المبيع

٢ — والثمن

٣ — وقصد التبايع (أى غرض البيع حقيقة)

وبعبارة اخرى يشترط توافق الايجاب والقبول الصادرين بالبيع والشراء فى الامور الثلاثة المتقدمة (مادة ٢٣٦ — ٣٠١)

اختلاف التراضى بالنسبة للمبيع

٩٠ — فاذا اختلفت ارادة المتعاقدين بالنسبة للمبيع كان صدر الايجاب ببيع عقار معين فقبل الآخر شراء عقار غيره لا ينعقد البيع لعدم الاتفاق على المبيع

اختلافه بالنسبة للثمن

٩١ — واذا أراد أحدهما بيع شئ بثمن فقبل الآخر شراءه بثمن أقل من القيمة المعروضة كان ذلك مانعاً من انعقاد البيع لعدم الاتفاق على الثمن

تنبيه — أما اذا قبل المشترى الشراء بثمن أعلى من الثمن الذى عرضه البائع انعقد البيع ولو لم يتطابق الايجاب والقبول ولكنه ينعقد بالثمن الذى أوجب به البائع أى بالثمن الاقل وذلك لأن المشترى الذى يقبل الشراء بثمن غال يكون قابلاً من باب أولى الشراء بثمن أحط منه واذن يكون التوافق حاصلاً بين المتعاقدين على الثمن الذى عرضه البائع — بودرى المطول ص ١٥ فقرة ٣١

وأما حكم هذه المسألة فى الشريعة الاسلامية فهو أن قبول المشترى المبيع بأكثر مما سمى البائع أو قبول البائع بأقل مما سمى المشترى يعتبر موافقة ضمنية ويلزم المشترى أن يدفع ما زاده متى قبل البائع تلك الزيادة فى المجلس — مذكرات المعاملات فى فقه الامام أبى حنيفة (١) ص ٤٣

اختلافه بالنسبة للقصد

٩٢ — كذلك يجب أن يكون العاقدان متفقين على أن القصد من التعاقد هو البيع حقيقة وذلك هو المراد من استلزام المادة (٢٣٦ — ٣٠١) ان يكون رضاء أحد المتعاقدين بالبيع والآخر بالشراء

فاذا أراد أحدهما بيع داره بثمن يدفع له بصفة ايراد مؤبد على أقساط سنوية كل قسط منها ٣٠٠ جنيه مثلاً وفهم المشترى أن الدار معروضة عليه للايجار باجرة سنوية قدرها ٣٠٠ جنيه وقبل بهذا المعنى كان القبول غير مطابق للايجاب وكان البيع غير منعقد

٩٣ — اذا تقرر هذا وجب القول بأن كل اتفاق حصل فى صورة بيع وقصد به فى الواقع أمر آخر غير التبايع الحقيقى لا يعد بيعاً وانما يجب أن يطلق عليه اسم العقد

---

(١) للشيخ زيد بك الابيانى

الذى أراد الطرفان اخفاءه وان تجرى فيه من حيث الصحة أو البطلان أحكامه

مثال ذلك أن يشترى شخص من آخر متاعاً بثمن آجل مرتفع ويبيعه فى الحال لنفس البائع أو لوسيط فى الظاهر بثمن أقل من الثمن الذى اشترى به البائع ويدفعه فى الحال نقداً اليه فهذا التعاقد يجب أن يعد رباً فى صورة بيع لا بيعاً حقيقياً لأن الملكية لم تزل فى الواقع ونفس الأمر من المالك وهو البائع الذى أقرض المشترى مبلغاً بصفة ربا وسلمه اليه فى الحال ليسترده عند حلول أجل البيع الاول بالقدر المتفق عليه — « بودرى المطول ص ٥١ فقرة ٢٢ »

٩٤ — والفقهاء يعتبرون هذا البيع فى الشريعة فاسداً فلو باع بنفسه أو بوكيله شيئاً من الذى اشتراه (أى الى المشترى) ولو حكماً كوارثه بالأقل من قدر الثمن الأول قبل نقد كل الثمن الأول كأن باع شيئاً بعشرة ولم يقبض الثمن ثم شراه بخمسة فلا يجوز وان رخص السعر لعلة الربا . أما لو باعه المشترى لرجل أو وهبه له أو أوصى له به ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل فانه يجوز لأن اختـلاف سبب الملك كاختلاف العين — ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٠

٩٥ — ومن هذا القبيل أيضاً الهبة المستترة فى صورة البيع — وسيجىء بيان لها فى الكلام على الثمن

فى عدم اقتضاء شروط اخرى لانعقاد البيع

٩٦ — اذا تم التراضى أى اتفق الايجاب والقبول على الأمور الثلاثة السابقة كان ذلك كافياً لانعقاد البيع والتزام المتعاقدين به ولو لم ينصا فى العقد المحرر بينهما على شروط أخرى اذ ليس من اللازم لصحة عقد البيع ذكر جميع شروطه وما يترتب عليه من الأحكام والنتائج فقد تكفل القانون ببيان ذلك عند سكوت الطرفين عن النص على شئ منها ولم تستلزم المادة ٢٣٦ من القانون غير الاتفاق على ما أوضحنا

وعلى هذا اذا اتفق الجانبان على البيع والثمن ولم يبينا مثلاً وقت تسليم المبيع أو دفع الثمن كان التسليم واجباً وقت البيع والثمن واجب الدفع حالاً لعدم الاشتراط على ما يخالف ذلك (مادة ٢٧٧ و ٣٢٩ أهلى و ٤٠٧ و ٤٠٨ و ٤٠٩ مختلط) .

واذا سكتا عن مكان دفع الثمن أو احتساب فوائده : فيكون الدفع فى مكان تسليم المبيع (مادة ٣٢٩ أهلى) . واحتساب الفوائد لا يكون الاَّ فى حالة تكليف المشترى بالدفع تكليفاً رسمياً أو انتاج المبيع الذى سلم ثمرات أو ارباح أخرى (مادة ٣٣٠ أهلى و ٤١٠ مختلط)

شروع المتعاقدين فى الاتفاق على شروط اخرى

٩٧ — أما اذا شرع المتعاقدان فعلاً فى المفاوضة فيما سبق ذكره من الأمثلة أو غيرها ولم يتم الاتفاق بينهمــا على ما تفاوضا فيه فالعقد لا يتم اذ يقتضى لاتمامه الاتفاق على جميع الأمور المتعلقة به

ومن البديهى أن الحال هنا تختلف عن حالة التزام السكوت فان التزام السكوت دليل على ارادة الرجوع لأحكام القانون العامة

أما اذا اتفق على تسوية تلك الأمور فيما بعد يبقى البيع فى حالة مشروع لا يتم الاَّ اذا وقع الاتفاق على جميع المسائل المعلقة تسويتها بين المعاقدين

٩٨ — وحكم بناء على هذه القاعدة بأنه لا يعد بيعاً العقد العرفى المشتمل على جميع أركان العقد ولكن حفظ فيه الحق صراحة بأن عند تحرير العقد بصفة رسمية تبين طريقة دفع الثمن فان حفظ الحق فى طريقة دفع الثمن دليل على عدم الرغبة فى جعل الدفع خاضعاً لحكم القانون العام ومن ثم يكون الاتفاق غير شامل لجميع شروط العقد « محكمة بيزانسون بفرنسا ٢٠ أغسطس سنة ١٨٨١ وبوردى المطول ص٨ كتاب البيع »

٩٩ — وحكمت المحكمة المختلطة بأن الاتفاق على البيع والثمن لا يجعل البيع تاماً متى وجد خلاف بين المتعاقدين على طريقة آداء الثمن فالمشترى يريد آداءه مؤجلاً أو حالاً على شرط خصم سعر القطع منه والبائع يزعم ان الدفع يجب أن يكون فى الحال أو يكون معلقاً على تسليم المستندات — استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ مجموعة أولى فقرة ٤٦٤٨

المبحث الثانى — فى الايجاب والقبول

تعريف الايجاب والقبول وحكمهما

١٠٠ — ينعقد البيع بايجاب وقبول

فالايجاب هو ما صدر أولاً من أحد العاقدين سواء كان البائع أو المشترى . والقبول ما صدر ثانياً . فاذا عرض البائع بيع منزله أو عرض المشترى شراءه من بادئ الأمر كان ذلك ايجاباً ورضاء الثانى بما عرضه الأول يسمى قبولاً . ويطلق على كليهما « شطر العقد[1] »

١٠١ — ومتى حصل الايجاب والقبول متوافقين ارتبط المتعاقدان وأصبح البيع منعقداً

١٠٢ — والقبول اما أن يحصل عقب صدور الايجاب مباشرة أو بعده بزمن يختلف طولاً وقصراً بحسب الأحوال

١٠٣ — فان اختلف الايجاب والقبول فيما يتعلق بالثمن أو المبيع أو كيفية الدفع أو غير ذلك من الشرائط كأن أراد البائع البيع بثمن حالّ فقبل المشترى الشراء بثمن مقسط أو عرض البائع منزلاً بثمن معين فقبل المشترى أن يشترى منه أرضاً بذلك الثمن وهكذا كان ذلك مانعاً من انعقاد البيع وغير مثبت لحكمه

فى خيار الرجوع

١٠٤ — وللموجب أن يرجع فى ايجابه ما لم يصدر القبول اذ لم يترتب على ايجابه أدنى ارتباط قانونى

وللقابل الخيار فى قبول الايجاب ما لم يرجع فيه الموجب فاذا صدر القبول قبل الرجوع ارتبط المتعاقدان وتم العقد وكان لا سبيل لفسخه الاّ برضاء الطرفين بالفسخ

١٠٥ — وقد أحسن فقهاء الشريعة تعليل حكمة هذا الخيار

فقد جاء فى كتاب فتح القدير[2] أنه « اذا أوجب أحدهما بأن قال البائع مثلاً بعتك هذا بكذا فالآخر بالخيار ان شاء قال فى المجلس قبلت وان شاء رد وهذا يسمى

(١) تقابل كلة *Pollicitation* الفرنساوية (٢) الجزء الخامس ص ٧٨

خيار القبول وذلك لأنهُ لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول لكان مجبوراً على أحدهما وانتفى التراضي . واذا كان ايجاب أحدهما غير مفيد للحكم (أي لحكم البيع) بدون قبول الآخر كان للموجب أن يرجع عن ايجابه لخلوه عن ابطال حق الغير »

وليس ما يمنع من الأخذ به لبيان حكمة الحق المخوّل للموجب في الرجوع في ايجابه وللقابل في القبول أو الرد

في تحديد أجل للقبول

١٠٦ — لو حدد الموجب أجلاً للمتعاقد معه يقبل فيه لما كان له أن يرجع عن ايجابه قبل انقضاء الأجل المذكور ولا للقابل أن يقبل بعده — الاستئناف المختلط ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ — بورللي مادة ٣٠١ مدني

موت الموجب

١٠٧ — واذا مات الموجب قبل صدور القبول فليس للمتعاقد معه أن يقبل لأنه يشترط لانعقاد البيع اجتماع الارادتين في وقت واحد وقد انعدمت ارادة الموجب بموته

موت القابل

١٠٨ — واذا مات القابل قبل صدور قبوله فليس لورثته أن تقبل مكانه لأن الموجب ما كان يقصد التعاقد معهم أما اذا رضي بالقبول الصادر منهم فالعقد يجوز لأنه يكون صادراً بايجاب وقبول جديدين

الحجر على الموجب

١٠٩ — واذا حجر على الموجب فلا يفيد قبول الطرف الآخر ارتباط التعاقد لأن صدوره صادف عدم أهلية الموجب ويقتضي أن يكون ذا أهلية للتعاقد في وقت حصول العقد . غير أن هنالك فرقاً بين حالة عدم الأهلية وحالة الموت اذ العقد في الحالة الأولى ينعقد قابلاً للبطلان من جانب عديم الأهلية أو القيم عليه اما في حالة الموت فالبيع لا ينعقد كلية

في رضاء الوكيل

١١٠ — والرضاء كما يكون من المالك يجوز أن يكون من النائب عنه كوصيه أو وليه أو وكيله فاذا تم التراضي من جانب الوكيل التزم به الأصيل

وقد حكم بأن البيع يكون صحيحاً اذا وقع عليه الوكيل بالنيابة عن موكله حتى ولو كان مذكوراً في افتتاح العقد في معرض بيان المتعاقدين اسم الموكل نفسه لا اسم الوكيل متى اتضح أن الوكالة صحيحة — مختلط ٣١ مايو سنة ١٨٧٧ — بورللي مادة ٣٠١ مدني

في جواز تولى شخص واحد شطرى العقد

١١١ — كما ينعقد البيع بايجاب وقبول من الطرفين يصح حصوله بلفظ واحد كما فى بيع الأب لابنه الصغير فانه ولى ابنه ولوفور شفقته لايحتاج الى القبول ويكون أصيلاً فى حق نفسه ونائباً عن ابنه .

ومثل ذلك أيضاً بيع القاضى اذا باع مال يتيم ليتيم آخر . وبيع الوصى اذا باع للقاصر من مال نفسه — مستفاد من ابن عابدين ج ٤ ص ١٩

١١٢ — وهذا هو المتبع قضاء فقد حكم بأنهُ ولو كان الأصل أن البيع لا يحصل بغير عاقدين : بائع ومشترٍ ولكن لا يخل بهذا الأصل كون شخص واحد ينوب عن طرفى المتعاقدين ويتعاقد بصفتين مختلفتين — محكمة تولوز ٥ فبراير سنة ١٨٣٤ — تعليقات دالوز فقرة ٢٠٦ مادة ١٥٨٢

المبحث الثالث — التراضى فى البيع بالمراسلات

١١٣ — لما كان التعامل بالمراسلات أصبح من لوازم الحياة وبالأخص الحياة التجارية وكان الطرفان يتراسلان عن بعد لاتمام البيع والشراء وجب البحث فى أركان البيع الذى يحصل بالتراسل لمعرفة الوقت الذى يتم فيه العقد والوقت الذى يسوغ فيه للموجب أن يرجع فى ايجابه فنقول

فى وقت الرجوع فى الايجاب فى بيع المراسلة

١١٤ — ان مسألة الرجوع لم تؤدِ لخلاف . فلمرسل الكتاب الذى يعرض فيه بيع شئ أو شراءه أن يرجع فى ايجابه اذا كان الكتاب لم يصل للمرسل اليه أو كان وصل ولكن لم يصدر منه قبول له اذ اتحاد الصفقة فى الحالتين غير متيسر لعدم جواز حصول القبول بعد حصول الرجوع فى الايجاب فى الوقت اللائق . وذلك لأن صدور القبول بعد الرجوع فى الإيجاب لا مفعول له بما أن ارادة القبول فى هذه الحالة لا تتلاقى مع ارادة أخرى والعقد لا يتكون الاَّ باجتماع الإِرداتين : إِرادة الايجاب وإِرادة القبول

غير انه يشترط أن يحصل الرجوع قبل صدور القبول فعلاً فمتى ثبت ذلك كان

القبول لا محل له وغير منتج حتى ولو لم يعلم القابل بالرجوع الاّ بعد صدور قبوله اذ العبرة ببقاء الايجاب غير منحل حتى يصدر القبول

هذا ويجب على القابل أن يجيب بالقبول كتابة . أو شفاها على يد رسول . فان سكوته لا يعد قبولاً الاّ اذا دلت شواهد الأحوال بدليل قاطع على أن السكوت كان رضاء بقبول البيع أو الشراء

في وقت انعقاد البيع بالمراسلة

١١٥ — أما مسألة الوقت الذى ينعقد فيه البيع الحاصل بالمراسلة . وبعبارة أخرى الوقت الذى يتم فيه العقد فقد انقسمت بشأنها أرآء الشراح ولم تتفق فيها أحكام المحاكم مع أن تعيين الوقت الذى يتم فيه البيع ان كان وقت القبول أو وقت وصول الكتاب المنبئ بالقبول للموجب أو وقت تلاوته فعلاً هى مسألة من الأهمية بمكان لأنهُ يترتب عليها امور خطيرة الشان

ذلك لأنهُ اذا تم البيع فى مجلس القبول فلا يجوز بعد ذلك للموجب أن يرجع فى ايجابه ولا للقابل أن يرجع فى قبوله حتى ولو لم يصل خبر هذا القبول لعلم الموجب كأن يرسل اشارة برقية بالعدول عن القبول المرسل منه بطريق البريد

واذا كان المبيع عيناً معينة انتقلت ملكيته فى الحال للمشترى وكان هلاكه عليه بحسب الأحوال

ومن البديهى أن الأمر لا يكون كذلك اذا كان البيع لا يتم الاّ وقت وصول الكتاب المنبئ بالقبول للموجب

على أن أهمية هذا التعيين لا تقتصر على ما بين فقط بل هى لازمة أيضاً لتحديد الزمن فيما يتعلق بادآء الثمن . والبيع الوفائى . وسقوط الحق فى المطالبة بالثمن . وتعيين المكان الذى حصل فيه الاتفاق على البيع لتطبيق قواعد الاختصاص فى المواد التجارية المنصوص عليها فى المادة ٣٤ فقرة ١٧ من قانون المرافعات . وفى الغاء البيع الحاصل من تاجر حكم باشهار افلاسه فى الأوقات والظروف المبينة فى مادتى ٢٢٧ و ٢٢٨ من القانون التجارى

١١٦ — وينحصر الخلاف فى أربعة آراء يرجع اثنان منها الى انعقاد البيع فى مجلس القبول واثنان الى انعقاده فى مجلس الايجاب آراء خلافية فى ذلك

١١٧ — فأهل الرأى الأول يقولون بأن البيع يتم بمجرد قبول المرسل اليه للايجاب المعروض عليه لأن ارادة الاثنين بذلك تجتمع والصفقة تتحد والعقد يتم غير أنهم يشترطون أن يكون القبول ذا أثر خارجي يستدل به عليه لا أن يبقى فى ذهن القابل

والفريق الثانى يرى زيادة فى الاحتياط أن يحصل الاعلام بالقبول بكتاب يرسل للموجب حتى لا يملك القابل الرجوع فى قبوله واخفاء أو اعدام الكتاب اذا كان لا يزال تحت يده وظهرت له مصلحة فى العدول. غير أن أصحاب هذا الرأى انقسموا مع ذلك فيما بينهم الى قسمين فقسم يكتفى بمجرد ارسال الكتاب وسواء عنده أكان الارسال على يد رسول خاص أم بطريق البريد وقسم يستلزم الارسال بطريق البريد حتى تنزع من يد القابل سلطة الرجوع

ومحصل هذين الرأيين القول بانعقاد البيع فى مجلس القبول ولا اختلاف الاّ فى كيفية اظهار هذا القبول

١١٨ — أما أهل الرأى الثالث فيقولون أن البيع لا يتم الاّ اذا بلغ كتاب القبول للموجب فان الايجاب لا يعد قبل وصول كتاب القبول الاّ شطراً من العقد للموجب خيار الرجوع فيه

وحجتهم ان اللازم لتمام العقد ليس فقط اجتماع الارادتين وانما العلم باجتماعهما أيضاً فلا يلتزم عاقد بغير علم منه. ولأن البيع بالكتابة يجب أن يكون كالبيع بالمشافهة ومعلوم أن البيع بالمشافهة لا يتم اذا عرض انسان على آخر بيع شئ فأعرض عنه ولم يجبه بالقبول أو قبل فى ذهنه أو أجاب أجنبياً عن العقد وانما يتم اذا أجاب العارض بالقبول. ولأنهُ لو كلف القابل شخصاً آخر بابلاغ الموجب بقبوله البيع فلا يتم البيع الاّ بالتبليغ حتى أنه ليكون للموجب أن يرجع فى ايجابه الى أن يبلغه الرسول القبول

فواجب أن يكون الأمر كذلك فى انعقاد البيع بالكتابة وما الكتاب الاّ رسول غير ناطق كلف بابلاغ قبول الطرف الآخر فيجب أن يأخذ حكم الرسول الناطق

وقد اعترض بعضهم بأن هذا قياس مع الفارق لأن الرسول يكون طوع مشيئة مرسله أن شاء سحب منه الكتاب أو طلب منه عدم التبليغ وان شاء تركه ولكن وضع الكتاب فى البريد يحرم صاحبه من هذا الخيار ولكنه . اعتراض غير سديد فتعليمات مصلحة البريد والتلغرافات تبيح سحب الخطاب أو الاشارة البرقية ما لم تكن سلمت للمرسل اليه فلا يعوق ارادة الراسل عن تنفيذ ما يرغب غير تسليم الخطاب لصاحب الشأن فيجب أن يكون هذا هو الوقت الذى يعتبر العقد فيه تاماً

واعترضوا أيضاً بأنه يترتب على اشتراط علم الموجب بصدور القبول وجوب علم القابل بوصول قبوله للموجب وهكذا فيترتب على ذلك الدور والتسلسل ورُد على ذلك بأن الموجب ينتظر القبول فيجب أن يعلم به اما القابل فلا ينتظر شيئاً بعد حصول القبول الموافق للايجاب وقبوله ملزم له متى صادف محله أى لم يحصل ما يمنع ارتباط الارادتين كالرجوع فى الايجاب أو موت الموجب أو الحجر عليه وهذا هو رأى العلاّمة بودرى — راجع بودرى المطول كتاب البيع ص ٢٨

وأصحاب الرأى الرابع يقولون ان البيع يتم بمجرد وصول كتاب القبول ولو لم يقرأه المرسل اليه وهو رأى متطرف قليل الحصول فى الواقع فان العادة جرت بأن يقرأ الانسان الجواب متى وصله الاّ اذا منعه مرض شديد أو عائق قوى . وأخذ على اصحاب هذا الرأى بأنه اذا كان الغرض من ارسال الكتاب أعلام الموجب بحصول القبول فيجب أن يحصل هذا العلم حقيقة الاّ اذا امتنع الموجب عن قراءة الكتاب عمداً ليتمكن من الرجوع فى ايجابه وهذا يكون دليلاً على سوء قصده لا أمراً مستوجباً للرأفة به

يتبين مما تقدم أن أصحاب هذين الرأيين يجعلون اتمام العقد متعلقاً بمجلس الايجاب

١١٩ — ويستند أصحاب الرأى القائل بإتمام العقد فى مجلس القبول بأنه يصح انعقاد البيع بمجرد حصول القبول بغير علم الموجب قياساً على ما يحصل من أن أحد المتعاقدين قد يوقع على عقد رسمى لا يوقع عليه الآخر الاَّ بعد عدة أيام كما يحصل ان المتعاقدين يوقعون في أوقات مختلفة على عقد عرفى ولكن يرد عليهم بأن العقد فى هاتين الحالين تم شفاهاً . قبل تحريره . بمجرد حصول التراضى وما الكتابة الاَّ اثبات له

كذلك قالوا إنهُ يجوز أن يكتب أحد الموثقين عقداً من العقود يوقع عليه كل من الطرفين فى غيبة الآخر والعقد مع ذلك ينعقد بهذه الصورة وأجيب رداً على ذلك بأنهُ ينعقد لأن كلاًّ منهما رضى بالتعاقد أمام الموثق ووكله بأن يعلم المتعاقد بهذا الرضاء ولكن فى البيع بالتراسل لم يوكل أحد بمباشرة العقد ولا توجد أدنى صلة بين المتعاقدين وحقيقة يوجد رضاء القـابل قبل علم الموجب به ولكنه رضاء خاضع لمشيئته وقابل للنقض بمجرد رغبته

رأى الشريعة الاسلامية فى الموضوع

١٢٠ — أما فى الشريعة فيشترط القبول فى مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه فلو كتب الى رجل اشتريت عبدك هذا بكذا فكتب اليه رب العبد بعته منك كان بيعا — مادة ٢٥٢ مرشد الحيران وابن عابدين ص ١١ جزء ٤

١٢١ — وتلك النظريات التى أوضحناها محلها سكوت الطرفين . اما اذا نصا على أمر من الأمور وجب احترامه فاذا اتفقا على ان البيع يتم بمجرد ارسال الخطاب أو بمجرد وصوله ولو لم يقرأه المرسل اليه كان ذلك قانونهما السارى عليهما

ومذهب القضاء الأهلى أن البيع فى الأمور المدنية لا يتم الاَّ بعد وصول القبول لعلم العارض (الموجب) وذلك هو المبدأ الذى قررته محكمة استئناف مصر نورده برمته : « إن البيع بطريق الرسائل صحيح وجائز قانوناً وعلى الأخص فى المسائل التجارية لكن من عرض البيع بدون تعيين زمن للقبول له الحق فى العدول قبل وقوع القبول وقد اختلف الفقهاء فى طريقة القبول وزمنه فقال البعض ان البيع لا يتم الاَّ

اذا وصل القبول لعلم العارض وقال غيرهم إنهُ يتم بمجرد حصول القبول دون توقف على وصوله الى علم العارض

على أنهُ اذا صح ان تكون هذه المسألة خلافية فيما يتعلق بالأعمال التجارية التى تحتاج لسرعة الأخذ والعطاء الاّ أنها فى الأمور المدنية لا تحتمل خلافاً

والرأى الصحيح أن البيع فى الامور المدنية لا يتم الاّ باتحاد ارادة المتعاقدين على البيع والشراء وهذا لا يتأتى الاّ بعد وصول القبول الى علم العارض» — استئناف مصر مدنى ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ حقوق سنة ٢٨ ص ٣٣٨

صدور التراسل فى وقت واحد من الجانبين

١٢٢ — واذا أرسل كل من المتعاقدين كتاباً للآخر فى وقت واحد هذا يرغب الشراء وذلك يقبل البيع بنفس الشروط المعروضة فالبيع بلاجدال يتم عند وصول أحد الكتابين للآخر لأن التراضى الشامل للايجاب والقبول المتوافقين حصل

فاذا اختلفت بعض الشروط ولكن قبلها من عرضت عليه لزمه ان يعلم المتعاقد معه بقبوله لها و بذلك يتم العقد . لأن قبوله للشروط المغايرة لجوابه الأول متى انضم الى الايجاب الوارد بكتاب المتعاقد معه أصبح الايجاب والقبول متحدين و بذلك تم الصفقة

فى تحديد اجل للقبول

١٢٣ — اذا حدد أحد المتعاقدين أجلاً للآخر يقبل فيه ترتب على هذا التحديد أمران :

الأول — انه ليس للموجب أن يرجع فى ايجابه قبل انقضاء الأجل

الثانى — ان مجرد انقضائه يخليه مما التزم به . لأن القبول الذى يصدر بعد ذلك لا يصادف محلاً واتحاد الصفقة يصبح متعذراً

وهذان هما الرأيان الراجحان . ولكن عملاً بمبدأ استيفاء جميع الأقوال فى كل مسألة نذكر ما جاء من الخلاف بشأن هاتين القاعدتين

١٢٤ — فمن الأمر الأول يرى بعضهم أن للموجب أن يرجع قبل انقضاء الأجل ولو كان محدداً لأن التحديد لا يسلبه حق خيار الرجوع وغاية ما فى الأمر

أنه يلزم بالتضمينات اذا قبل العاقد الآخر فى غضون الأجل ولكن امتنع ابرام العقد للرجوع فى الايجاب قبل صدور هذا القبول وتبين أن قد ناله ضرر من ذلك بأن فاته مشترى بضاعة أخرى أو تكلف نفقات استعداداً لهذا الشراء . ويرد على أصحاب هذا الرأى أن إلزام الشخص بتعويض عن أمر يقولون انهُ حق له غير مسلم بهِ لأن استعمال الحق لا يترتب عليه الالزام بتعويضات

ويرى آخرون أن مضى المدة يترتب عليه اعتبار العقد تاماً اذا لم يردّ القابل على الموجب لأن ترك المدة تنقضى بلا جواب دليل على الرضاء ضمناً . ورجوع الموجب لا يحرمه من حق القبول فى اثناء المدة الممنوحة له ولا يلزم بالتعويضات الاّ اذا طلب منه تنفيذ العقد فلم يفعل

١٢٥ — وعن الأمر الثانى قال بعضهم إن انقضاء الأجل لا يخلى الموجب حتماً مما التزم به ولكن يجعل له فقط حق الخيار فى الرجوع فيه وهو رأى مرجوح لأن تحديد الزمن بمثابة اعلان للمتعاقد معه بأنه اذا قبل بعد انتهائه فقبوله غير مفيد ولا منتج

فى مراعاة العرف فى الاجل

١٢٦ — واذا لم يتحدد فى الكتاب أجل للقبول فانه مع ذلك يجب مراعاة العوائد والعرف وظروف الأحوال فيمنح القابل الأجل المعتاد منحه عرفاً ليبحث فى الأمر المعروض عليه ويتحقق مما اذا كان فى مصلحته قبوله أو رفضه

لهذا وبالأخص فى المسائل التجارية يمنح المرسل اليه الكتاب الزمن المعروف عرفاً ويعتبر سكوت مرسل الكتاب قرينة على قبول العرف الجارى وبهذا لا يجوز له أن يرجع فى ايجابه قبل انقضاء هذه المدة كما لا يجوز للقابل أن يقبل بعدها . واذا لم يكن للموجب أن يرجع فى ايجابه قبل انقضاء الأجل المحدد عرفاً أو نصاً فلا جدال فى أن موته أو الحجر عليه يمنعان انعقاد العقد اذا صدر القبول بعد حصولهما طبقاً لما ذكرناه سابقاً

فى اخلاء الموجب قبل انقضاء الاجل

١٢٧ — واذا حدد الميعاد نصاً أو عرفاً وقبل انقضائه أجاب المرسل اليه الكتاب بعدم القبول أخلى الموجب من التزامه وليس للقابل أن يلزمه بعد ذلك بالرضاء بالبيع

لأنهُ سبق فرفضهُ فاذا قبل فيكون ذلك رضاءً جديداً

في أمد القبول

١٢٨ — ويجب على المرسل اليه الكتاب أن يقبل فى اثناء المدة المحددة للقبول فاذا لم يصل كتاب القبول الاَّ متأخراً أو ضاع كان الموجب حرًّا بعد انقضاء الأجل وليس للقابل أن يتمسك قبله بقبوله فان خطأ الشخص المكلف بتوصيل الكتاب أو مصلحة البريد لا يكسبان القابل حقاً فقده بانتهاء المدة وانما له أن يرجع بالتعويضات على من تسبب فى فقد الكتاب

١٢٩ — أحكام — لا توجد الصفات الجوهرية ولا الشروط الضرورية لعقد البيع فى تبادل خطابين اذا لم يقبل أحد المتعاقدين ايجاب الآخر كما صدر منه بأن جزاءه أو عدل فيه — مختلط ٣ مايو سنة ١٨٩٦ س ٨ ص ٢٩٢ وفقرة ٤٦٤٦ مجموعة أولى

١٣٠ — لا يترتب على الأخطار بوصول خطاب مشتمل على مجرد عرض بضاعة بغير بيان ثمنها ارتباط قانونى بين الطرفين — مختلط ٢٤ ابريل سنة ٩٠٢ س ٤ ص ٢٦٤ فقرة ٤٣٣ مجموعة ثانية

المبحث الرابع

فى البيع بكتابة الثمن على المبيع — بيع التعاطى فى الشريعة الاسلامية — البيع بالاعلان فى الجرائد أو بتوزيع النشرات وارسال البرامج[1] (الكتالوجات) وغيرها

١٣١ — اقتضت سنة التنافس فى التجارة أن يعلن التجار عن بضائعهم تارة بطريق نشر الاعلانات فى الجرائد وطوراً بتوزيع نشرات على الافراد أو ارسال برامج بالاثمان (كتالوجات) أو بطريق عرضها للجمهور مكتوباً عليها ثمنها بأرقام ظاهرة ترغيباً فى الشراء حتى اذا أعجب المشترى شيئاً أخذه ودفع ثمنه بلا اضاعة وقت فى المساومة أو ارتياب فى القيمة

(١) جمع برنامج وهو الدفتر المكتوب فيه صفة ما فى العدل . والبيع على البرنامج أى اعتماداً على الأوصاف المكتوبة فيه جائز شرعاً — انظر شرح الخرشى على مختصر سيدى خليل ج ٣ ص ٣٨٩

فما قيمة العرض الذى يحصل بهذه الوسائل وهل يعتبر بمقتضى القانون ايجاباً ملزماً للتاجر اذا قبل المشترى الشراء بالشروط المعروضة وبعبارة أخرى هل ينعقد البيع ويكون صحيحاً لازماً ؟

لزيادة الايضاح نتكلم على كل مسألة على حدتها

البيع بكتابة الثمن على المبيع

١٣٢ — تدخل مخزن كتبى فتختار الكتاب الذى تريده فتجد الثمن مكتوباً عليه فتذهب للصراف وتدفعه وتمضى لسبيلك بغير أن تتحادث مع البائع فى شأن الثمن أو تساومه فيه وتمر على مخزن بيع الملبوسات فترى الثمن مكتوباً عليها فتختار ما تشاء ثم تدفع الثمن المكتوب وتنصرف . فهل هذا بيع مع أن البيع يتم بايجاب وقبول بين شخصين معينين . وعرض البضاعة هنا لم يكن صادراً لشخص معين بل موجهاً للجمهور . ومن جهة أخرى فالايجاب والقبول يكونان بالقول وقد يحصل ان المتبايعين لا يتساومان البيع والشراء ولا يتلفظ أحدهما بكلمة ايجاب أو قبول

والجواب أنه بيع صحيح . اما كون البيع معروضاً لا لشخص معين فذلك ليس بمانع من انعقاده متى جاء مشتر وقبل الشراء بالثمن المكتوب لان أركان البيع وهى الرضا والاتفاق على المبيع والثمن قد توفرت وذلك كل ما تشترطه المادة ٢٣٦ أهلى (٣٠١ مختلط) لاتمام البيع

وكون العرض صادراً للجمهور فذلك معناه ان شخص المشترى غير ملحوظ بالذات عند البائع فمتى قبل أى انسان الشراء بالثمن المعروض ودفع الثمن انعقد البيع ولم يكن للبائع بعد ذلك أن يمتنع أو يطلب زيادة الثمن بدعوى ارتفاع السعر — « بودرى المطول فقرة ٤٦ كتاب البيع »

واذا لم يتلفظ أحدهما بايجاب أو قبول فليس معنى ذلك ان البيع لم يحصل لان القصد من الايجاب والقبول بالكلام انما هو الدلالة على الرضا وقد رضى المشترى هنا فعلاً لا قولاً ومتى وجد الرضا صراحة أو ضمنا كان البيع تاماً

بيع التعاطى فى الشريعة الاسلامية

١٣٣ — ويسمى فقهاء الشريعة الاسلامية هذا النوع من البيوع بيع التعاطى لانهم يقسمون البيع الى بيع بالقول و بيع بالفعل فالبيع بالفعل هو بيع التعاطى لانه

ينعقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي — مادة ١٧٥ من المجلة وابن عابدين ص ١١ جزء ٤ وفتح القدير ص ٧٧ جزء ٥

وقال صاحب كتاب البدائع «ان البيع فى اللغة والشرع اسم للمبادلة وحقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والاعطاء وانما قول البيع والشراء دليل عليهما واستشهد بقوله عز وجل (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فليس اذن من الضرورى حصول المبادلة بالقول» — بدائع ص ١٣٤ جزء ٥

حكمه وامثلته

١٣٤ — فحكم البيع الحاصل بهذه الكيفية انه صحيح لازم لاشتماله على جميع اركان البيع وبياناً لنتائجه نستعير الأمثلة الآتية من كتب الفقه ومن احكام المجلة لانطباقها على عوائدنا وانطباق قانوننا عليها

١ — يعطى المشترى للخباز مقداراً من الدراهم فيعطيه الخباز بها مقداراً من الخبز بدون تلفظ ايجاب وقبول فيستلمها المشترى ويمضى لسبيله

٢ — أو يعطى المشترى الثمن للبائع ويأخذ السلعة والبائع ساكت

٣ — أو يجىء رجل لبائع قمح فيدفع له خمسة جنيهات ويسأله ثمن الاردب فيقول بجنيه مثلاً فيسكت المشترى ثم يطلب القمح فيعده البائع بتسليمه اياه غداً

٤ — أو يقول المشترى للجزار اقطع بخمسة قروش لحماً من هذا الجانب من هذه الشاة فيقطع القصاب اللحم ويزنه ويعطيه وهو ساكت

٥ — أو يساوم المشترى رجلاً على شراء شىء منه ولعدم وجود وعاء معه يذهب فيجىء بالوعاء ويدفع الثمن فيكيل له البائع الشىء بغير أن يتكلما

١٣٥ — ففى كل هذه الصور وما يماثلها يكون البيع جائزاً وتاماً . فلو ترقى سعر القمح فى اليوم التالى فى الصورة الثانية لما كان ذلك مسوغاً للبائع أن يفسخ البيع او يمتنع عن التسليم . وكذلك لو رخص الثمن أجبر المشترى على الاستلام وليس للمشترى فى الحالة الرابعة أن يمتنع عن قبول اللحم بعد قطعه كما أنه ليس للبائع بعد الكيل أن يرجع فيه لانها بيوع تامة يترتب عليها أن يقوم كل واحد من المتعاقدين

بما يلتزم به البائع والمشترى ولا سبيل لفسخها الا بالتراضى

١٣٦ — يؤخذ مما تقدم أن تراضى الطرفين (البائع والمشترى) قد يكون بالقول أو بالفعل و بعبارة أخرى قد يكون بالصراحة أو الدلالة فكل ما أفاد التراضى كان مؤدياً لغرض الشارع الذى أراده فى المادة ٢٣٦ من القانون (٣٠١ مختلط)

١٣٧ — ولكن اذا بدر من أحد البيّعين بالتعاطى ما يدل على عدم الرضا كان ذلك مانعاً من انعقاد البيع

مثال ذلك ان يدفع المشترى لبائع البطيخ الثمن ويأخذ البطيخة فلا يسكت البائع بل يقول له اتركها . أو لا أقبل . أو هذا ليس ثمنها فكل هذا وما يماثله دليل على عدم الرضا وعليه فلا ينعقد البيع — مستفاد من ابن عابدين ص ١٣ جزء ٤

قيمة الرضاء فى حالة بقاء الثمن المكتوب اورفعه

١٣٨ — ولا يغرب عن البال ان عدم الرضا من البائع لا يلحظ فى حالة بيان الثمن بالكتابة فان كتابتها بمعرفته دليل رضاه وعلى ذلك متى قبل المشترى فليس له أن يمتنع عن البيع كما تقدم

ولكن هذا الحكم يختلف اذا رفع البائع الورقة المكتوب عليها الثمن قبل قبول المشترى فان ذلك يعد رجوعاً فى الايجاب وليس لمن رأى الثمن قبل نزعه أن يتمسك بسبق وجوده على المبيع حتى ولو لم ينقل المبيع من مكانه اذ العبرة بالتراضى وقت التبايع ومن جهة أخرى رفع البطاقة يجعــل الثمن غير معين والاتفاق عليه واجب لصحة البيع

١٣٩ — ووجود البضاعة المكتوب عليها الثمن داخل الدكان لا يمنع من تطبيق القواعد السابق ذكرها متى كان الدخول مباحاً للجمهور

فاذا كان الدخول غير مباح تحتم الاتفاق على ثمن البضاعة التى يستحضرها التاجر من الداخل لاتمام البيع ولو كان الثمن مكتوباً بأرقام ظاهرة لان كتابة الثمن فى هذه الحالة لا تفيد الرضاء بالبيع بها وانما تفيد ان صاحبها كتبها تذكرة له عند المساومة

فقط بعكس عرضها للجمهور والسماح لراغبي الشراء برؤيتها وقراءة ثمنها فان ذلك دليل الرضاء بالبيع بالثمن المكتوب .

كتـابة الثمن برموز واشارات

١٤٠ — والاتفاق على الثمن يتحتم من باب أولى اذا كان الثمن مكتوباً برموز أو اشارات لا يفهمها سوى التاجر

وقد تكلم الشرعيون على مثل هذه الحالة فقالوا إن البيع بالرقم الذى لا يعلمه المشترى فاسد لجهالة الثمن واذا علم المشترى بالرقم فى المجلس لا ينقلب العقد جائزاً الاَّ اذا رضى البائع والمشترى أن يبيعا به بعد العلم وبذلك ينعقد البيع بالتراضى — « مستفاد من ابن عابدين ص ١٢ ج ٤ »

فى اشتراط بعض الشروط

١٤١ — وللتاجر الذى يعرض بضاعته للجمهور داخل الدكان أو خارجه أن يشترط ما شاء من الشروط المقيدة للبيع بالأثمان المكتوبة فقد حكم من محكمة السين بفرنسا فى ١٥ يونيه سنة ١٨٦٩[١] « بأن للتاجر الذى يعلق اعلاناً بحروف كبيرة يشترط فيه أنه لا يبيع الاشياء المكتوب ثمنها عليها الا تفصيلاً لا جملة وللمشترين أنفسهم بغير وساطة سماسرة الحق فى أن يمتنع عن البيع لوكيل بالعمولة طلب منه مشترى بضاعة بأثمانها المرقومة عليها جملة واحدة وذلك لان البائع لا يجبر على البيع بشروط مخالفة لما اشترطه »

غير أنهُ يجب أن تكون الاشتراطات والقيود ظاهرة للعيان بجانب المعروضات حتى يكون المشترى على بينة منها وحتى لا يتيسر للبائع أن يتمسك بها أو لا يتمسك بحسب ارادته . وتلك مسألة وقائع يترك الفصل فيها للقضاء

البيع بتوزيع النشرات او ارسال البرامج

١٤٢ — كثيراً ما يوزع التجار نشرات على الجمهور أو يرسلون برامج شاملة لأنواع البضائع وأثمانها لعملائهم وغيرهم ممن يقفون على عنواناتهم أو يعلنون عن بضائعهم فى الجرائد فهل العرض بهذه الوسائط يعد أيضاً ايجاباً

لا بد من التفصيل فانه اما ان تشتمل الاعلانات والتعريفات على الأثمان أولا

(١) انظر بودرى المطول فقرة ٤٧ — كتاب البيع والباندكت فقرة ٦٧ ص ٣٨٤ ج ٥٩

تشتمل . فان كانت لا تشتمل على الثمن فالأمر واضح وهو أنها لا تعد ركناً من أركان البيع لأن الغرض منها يكون الشهرة والاعلان فقط ولذلك لا تصلح لتكوين ركن الاتفاق على الثمن لأنه غير مسمى فيها

أما ان كان ثمن البضاعة مبيناً كما يشاهد فى كثير من البرامج (الكتالوجات) التى تصدرها المحلات التجارية الكبيرة فالرأى السائد أنها تعد عرضاً حقيقياً مكوناً للايجاب . فمتى قبل المرسل اليه مشترى أى نوع من الأنواع المبينة بثمنه المحدد له تم عقد البيع لاتحاد الايجاب والقبول والاتفاق على المبيع والثمن — راجع بودرى المطول فقرة ٤٨ والباندكت ص ٣٨٤ فقرة ٦٩ مجلد ٥٩

حكم التصرف فى البضاعة

١٤٣ — غير انه يلاحظ ان هناك فرقاً كبيراً بين البيع بهذه الصورة والبيع بواسطة المراسلات الخاصة (كالمكاتبات والاشارات البرقية) فان البيع فى هذه الحالة يحصل بين أشخاص معينين . وقصد التبايع بينهم متعين . ولذلك لا يسوغ للبائع أن يتصرف فى المبيع قبل عدول المشترى أو الرجوع فى الايجاب رجوعاً صحيحاً

أما البيع بطريق الاعلان أو ارسال التعريفة بالأثمان فانه غير موجه لأشخاص معينين ولو تعينوا بارسال التعريفات لهم بعنواناتهم فانما قصد التاجر اعلامهم بما عنده من البضائع وأثمانها ولهذا يكون غير محرم عليه أن يتصرف فى بضاعته لأى شخص طلبها سواء كان ممن أرسلت لهم التعريفة أو من غيرهم

حكم نفاذها

١٤٤ — ولو نفدت البضاعة وطلبها منه بعض من أرسلت لهم التعريفات أو لم يف ما عنده منها بكل المطلوب فلا يسأل عن ذلك ولا يلزم بالتعويضات التى تترتب على عدم الوفاء بالتنفيذ لأن له الحرية التامة فى أن يبيع لمن شاء بلا قيد كما ان له الحق المطلق فى أن يرسل البرامج لغير من أرسلت لهم أولاً خلافاً للتبايع بالمراسلات الخاصة وذلك لأنهُ يجب تفسير قصد المتبايعين هنا كما تفسر باقى المشارطات والاتفاقات أى بحسب الغرض المقصود من توزيع قوائم الأثمان

ومن المعلوم أن التاجر قد يرسل التعاريف لعدد عديد وهو عالم بأنهم جميعاً لن

يقدموا على المشترى كما أنهم عالمون بذلك أيضاً وعالمون بأن الواحد منهم قد يسبقه كثير غيره فى الطلب فيستنفد ما عند التاجر من البضاعة حتى أن بعضهم يهمل البرنامج اذا لم يرد الشراء بغير حاجة لاخطار مرسله بالرفض . فالتاجر والحالة هذه ليس بملزم أن يسلم المشترى ما يطّلب الاَّ اذا كان موجوداً عنده

حكم وجودها

١٤٥ — ومتى كانت البضاعة موجودة لديه وجب عليه أن يبيعها بالثمن المسمى فى البرنامج ولو ارتفع السعر ويجبر على البيع ان امتنع ويسرى هذا الحكم بالنسبة لجميع أنواع البيع سواء كان معيناً معلوم المقدار أو غير معين كعرض كتب للبيع أو عرض محصول زراعة قمح أو قطن أو غيره

ولكن التزام البائع يكون قاصراً أيضاً على أن يبيع ما يوجد عنده وقت الطلب بالثمن المعين

حكم عدم امتلاك الاصناف المدونة بالبرنامج

١٤٦ — واذا كان البائع لا يلتزم الاَّ بقدر ما يكون عنده من الاشياء المعروضة للبيع وقت العرض فما الذى يترتب على ارسال برامج من شخص لا يملك الأصناف المعروضة أو يملك منها قدراً يسيراً مرتكناً على الحصول عليها عند طلبها فقد يتفق أن يتعذر الحصول عليها بالثمن المعين لارتفاع السعر ارتفاعاً كبيراً أو يتعذر وجودها فى السوق

فرق الشراح هنا بين حصول الشراء عقب وصول البرنامج وبين الشراء بعد الوصول بزمن طويل فان كان الاول جعلوا مرسل البرنامج مسئولاً عن التعويضات الناشئة عن عدم الوفاء واعتبروا تعهده بمثابة التزام بالحصول على شئ وعدم الوفاء به مستوجب للتضمينات وان كان الثانى فلا يلتزم بتعويض ما

فى جواز رفض البيع للمعسر

١٤٧ — قد يحصل ان يعرض التاجر بيع بضاعته بالتقسيط بثمن معين ترغيباً للناس فهل يسوغ لمثل هذا التاجر أن يرفض البيع لشخص ارتاب فى ميسرته وخشى عدم قيامه بدفع الأقساط فى مواعيدها

ليس له ذلك الاَّ اذا كان اشترطه فى الاعلان أو النشرة أو كان طالب الشراء

محروماً من الانتفاع بالأجل قانوناً بأن كان مفلساً أو فعل ما يوجب ضعف التأمينات التى تكون محلاً لوفاء التعهد (مادة ١٠٢ — ١٥٦)

١٤٨ — واذا حدد عارض الاشياء أجلاً للعرض فى اعلانه أو نشرته فالتزامه يكون قاصراً على الأجل المضروب فقط فاذا لم يكن الأجل محدداً جاز للمحكمة تحديده بمراعاة مقتضيات الأحوال والعرف الجارى

١٤٩ — وليس لغير من ترسل له قائمة الاثمان شخصياً أن يتمسك بها على البائع ويجبره على البيع بالثمن المسمى فان مجرد الحيازة لا تكفى ويجب حينئذ على المشترى أن يثبت ارسالها اليه بتقديم الغلاف المكتوب عليه عنوانه أو بأى طريقة من الطرق القانونية للاثبات — فى من يجوز له التمسك بالثمن المسمى

اما اذا كان عرض البيع حاصلاً باعلان فى الجرائد فيعتبر موجهاً للجمهور باسره ولكل شخص الاحتجاج على البائع بالثمن الوارد به ولو ارتفع السعر

١٥٠ — ولمصدر النشرة أو الاعلان أن يرجع فى عرضه أو يعدل فيه باصداره نشرة أو اعلاناً آخر ولكن مفعول الاعلان الجديد أو النشرة لا يسرى الا على من لم يكن طلب الشراء لحين صدور الاعلان أو النشرة الجديدين . أما من طلب الشراء قبل اصدارهما فله الحق فى طلب التنفيذ لأن العقد تم بقبوله — بودرى المطول فقرة ٥٥ والباندكت ص ٣٨٢ فقرة ٧٧ جزء ٥٩ — الرجوع فى العرض

١٥١ — وعرض البيع بالمناداة علناً بثمن معين لا يترتب عليه الزام العارض بالبيع لطالب الشراء اذا ثبت أنه لا يريد البيع له لأسباب شخصية — باندكت فقرة ٧٨ ص ٣٨٤

١٥٢ — والعرض يسقط اذا مات العارض أو حجر عليه لأن القبول لا يصادف محله بعد الموت أو الحجر وارتباط الارادتين يصبح متعسراً كما هى الحال فى البيع الحاصل بين شخصين معينين — سقوطه

الفرع الثالث — فى الوعد بالبيع

المبحث الأوّل — عموميات

فى الفرق بين البيع والوعد بالبيع

١٥٣ — تقدم فى تعريف البيع انه عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء لآخر فى مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما . أو بعبارة أخرى هو تمليك البائع مالاً للمشترى بمال يكون ثمناً للمبيع كما يعرّفه فقهاء الشريعة . والمقصود بهذا التعريف هو البيع التام

ولكن قد يحصل أن يقتصر التزام المتعاقدين على مجرد وعد بالبيع فيلتزم أحدهما بأنه « يبيع » عوضاً عن أن يلتزم « بنقل الملكية » (وهو التزام البائع فى البيع التام) ويلتزم الثانى بأنه « يشترى » بثمن متفق عليه بدل التزامه « بدفع الثمن » (وهو التزام المشترى فى البيع التام) . أى لا يتعهدان بالتمليك والتملك وانما يتعهدان بحصول البيع والشراء

كما يحصل أن يصدر الوعد من أحد المتعاقدين فقط فيعد أحدهما بأنهُ « يبيع » أى بحصول البيع أو يعد بأنه «يشترى» أى بحصول الشراء خلافاً للبيع الذى يجب أن يكون الالتزام فيه صادراً من جانبى المتعاقدين

لهذا وجب البحث فيما اذا كان العقد الحاصل بهذه الصفة أى الوعد بالبيع عقداً صحيحاً ملزماً للمتعاقدين وان كان فما أنواعه ؟

ولما كان هذا البحث متعلقاً بموضوع التراضى لان تكوين العقد و بيان طبيعته مرتبطين بارادة المتعاقدين وخاضعين لمشيئتهما وكيفية اتفاقهما كان من المتعين الكلام عليه عقب الكلام على التراضى وما يتعلق به فنقول

مزايا الوعد بالبيع وامثلته

١٥٤ — ان مثل هذه الالتزامات كثيرة الحصول فى الواقع عملاً . ولقد أطنب الاستاذ بلانيول فى بيان مزاياها وما ينجم عنها من الفائدة فى المعاملة وضرب لنا مثلاً يشخص شرع فى انشاء معمل صناعى ولا يملك غير القليل من المال فاذا

هو اشترى أرضاً لاقامة بناء المعمل عليها ودفع ثمنها فى الحال نقص رأس ماله وعظمت خسارته اذا لم ينجح فى عمله أما اذا استأجر الأرض بشرط الخيار فى اقامة المبانى التى يراها لازمة عليها وأخذ وعداً من صاحبها بأن يبيعها له اذا بدا له شراؤها فى المستقبل أمكنه استخدام رأس ماله بأكمله فى عمله وضمن امتلاك العين متى نجح فى مشروعه

والحالة المذكورة فى هذا المثل هى الأكثر شيوعاً فالوعد بالبيع كثيراً ما يشترط ضمن عقود الايجار ضماناً لشراء العين المؤجرة ومنعاً للغير من شرائها ولكنه مشاهد أيضاً فى البيوع التى تحصل على يد السماسرة وفى البيع بطريق المزاد كما قد يشاهد فى غيرها وتلك بعض أمثلة أخرى للوعد بالبيع

١ — عرض مالك بيع عمارته فتفاوض معه شخص لا يملك فى الحال الثمن الكافى على أن يستأجرها منه ويشترط فى العقد شرطاً يعد فيه البائع بأن يبيع له العمارة بعد بشروط معينة . فالعقد مشترك بين الاجارة فى الحال والوعد بالبيع فى الاستقبال

٢ — بنى شخص بيتاً فى أرض غير مملوكة له وأخذ تعهداً من مالك الارض بأن يبيعها له عندما يطلب ذلك منه

٣ — أرادت شركة انفاذ مشروع يقتضى شراء أملاك كثيرة من عدة ملاك فاضطرت لمفاوضة كل مالك على حدته ولكن لما كان لا يتيسر لها تنفيذ المشروع الاّ اذا استولت على جميع الأملاك المطلوبة فلا يتسنى لها أن تشترى شراءً باتاً لاحتمال عدم اتفاقها مع جميع الملاك فتأخذ ممن تتفق معهم وعوداً بالبيع حتى اذا تمّ لها الاتفاق مع جميع الملاك قبلت البيوع وطلبت تنفيذ التعهدات

١٥٥ — هذه هى بعض الاحوال التى يشاهد فيها الوعد بالبيع فلنتكلم على قيمته قانوناً — قيمته قانونا

أجاز القانون الفرنساوى الوعد بالبيع ونص عليه فى مادة ١٥٨٩ فقال : الوعد بالبيع كالبيع متى حصل التراضى من المتعاقدين على المبيع وثمنه

وأبطلته الشريعة الاسلامية فقررت المادة ١٧١ من المجلة بأن صيغة الاستقبال التى هى بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشترى لا ينعقد بها البيع

وسكت القانون المصرى فلم يصرح بالجواز ولا بعدمه فما هو حكمه اذن ؟

حكمة التشريع الفرنساوى

١٥٦ — قبل بيان حكمه نرى من الصواب أن نورد بايجاز حكمة التشريعين الفرنساوى والشرعى .

قال الشراح الفرنساويون ان الغرض من نص قانونهم هو وضع قاعدة مقررة لأحكام الوعد البيع الذى كان مألوفاً عندهم : مبينة لمفعوله وما يترتب عليه من النتائج . حاسمة للخلف الذى قام فى تأويل هذه التعهدات قبل النص على حكمها قانوناً اذ كان بعضهم يرى أن الوعد بالبيع ليس بيعاً بل عقد آخر مستقل — « راجع الباندكت فقرة ٢٣١ بيع · ج ٥٩ »

والبعض يرى انه مجرد تعهد « بعمل شئ » يترتب عليه الزام المتعهد بالتعويض اذا لم يفِ بتعهده وخالفهم آخرون فأجازوا للمشترى أن يحصل على الزام المتعهد بتحرير عقد بالبيع او على حكم يقوم مقامه عند التأخير فى التنفيذ

وفرق المسيو ديمولان[1] بين الموعد المقصود به البيع فى الحال و بين الموعد المقصود به البيع فى الاستقبال فاعتبر الوعد فى الحالة الثانية تعهداً « بعمل شئ » مستوجب للتضمينات القانونية عند عدم الوفاء واعتبره فى الأولى بيعاً تاماً فى الحال يترتب عليه نقل الملك قائلاً ان الذى تأجل هو تحرير عقد البيع ولذلك لا مانع من انعقاده فى الحال و يترك مسألة تقدير ما اذا كان المقصود بالوعد هو البيع فى الحال أو الاستقبال للقاضى يستنتجها من ظروف الأحوال

فلازالة هذه الخلافات قرر الشارع قاعدة (الوعد بالبيع كالبيع) أى أنه يأخذ أحكامه كما سترى

تعليل الشريعة

١٥٧ — وعلل فقهاء الشريعة قولهم ان صيغة الاستقبال التى هى بمعنى الوعد

(١) Dumoulin

المجرد لا ينعقد بها البيع بأن البيع هو انشاء تصرف يفيد حكماً جبريًّا ومعنى ذلك أن حكم البيع (وهو نقل الملك) يثبت جبراً عن المتعاقدين وبالرغم من رجوع البائع فى البيع — فتح القدير ج ٥ ص ٧٤

وعلى هذا بحثوا فى صيغتهِ فقالوا يجب أن يكون القبول والايجاب بلفظى الماضى لان الماضى يدل على تحقق الوجود

أما صيغة المضارع فاما أن يراد بها الحال أو الاستقبال فان أريد بها الحال انعقد البيع كأبيع وأشترى واذا اريد بها الاستقبال فلا ينعقد — راجع مادة ١٧٠ من المجلة وكذلك اذا كان المضارع لا يفيد غير الاستقبال (لاقترانهِ بالسين وسوف) فلا ينعقد البيع أصلاً حتى ولو كانَ المراد ايجاب البيع فى الحال لأن نية الحال فى هذا المقام لم تصادف محلها ولا تتفق مع الصيغة المستعملة فتعتبر غير صحيحة — مستفاد من فتح القدير ص ٧٥ ج ٥

واذا كان البيع بصيغة الأمر فان دلت الصيغة على الحال كما اذا قال البائع للمشترى خذ هذا الشئ بدرهم فقال أخذته انعقد البيع لان قول البائع خذه أمر بالأخذ بالبدل وهو لا يكون الا بالبيع فقدر البيع اقتضاء وثبت العقد باعتباره بخلاف ما لو قال المشترى بعنى هذا الشئ بدرهم فقال الآخر بعتك فانهُ لابد من قبول المشترى بعد ذلك لان قوله بعنى لا يستلزم أنه اشترى — مذكرات المعاملات ص ٤١ ومادة ١٧٢ من المجلة

ومؤدي ذلك أنهُ ينظر فى كل حالة للمعنى فان أفادت البيع اعتبر العقد صحيحاً والا فلا اذ المعنى هو المعتبر فى هذه العقود — فتح القدير ص ٧٦ جزء ٥

ويؤخذ من هـذا ان كل اتفاق يتضمن وعداً بالبيع مهما كانت عبارته فهو باطل شرعاً

١٥٨ — والظاهر أن المقنن المصرى ترك الكلام على الوعد بالبيع حتى لا يصادم أحكام الشريعة الاسلامية التى كانت شريعة البلد وقت اصدار القانون ورأى أن يترك الامر لمعاملات الناس وميولهم على مدى الأزمان ويوكل الفصل

فيما يحدث من النزاع للقضاء فان العادة محكّمة ولكل زمان حكم — مادة ٣٦ من المجلة

وكثيراً ما أجاز نفس الفقهاء اموراً على خلاف القيـاس مراعاة لمصلحة الناس (كالسَّلَم) .

صحته قانونا ١٥٩ — والذى نراه أن هذه العقود معتبرة قانوناً فللقاضى أن يحكم بصحتها متى استكملت عناصرها لان القانون لم يحرمها وكل اتفاق خاص جائز وسار على المتعاقدين ما لم يخالف النظام العام او الآداب . ومن المفروض على القاضى ان يحكم بمقتضى قواعد العدل اذا لم يوجد نص صريح فى القانون — مواد ٢٨ و ٢٩ ترتيب اهلى و ٣٤ ترتيب مختلط و ١١ مدنى مختلط

وهذا ما جرت عليهِ المحاكم مختلطة وأهلية — راجع حكم الاستئناف المختلط فى ٢٦ ابريل سنة ٩٠٦ س ١٨ ص ٢١٥ فقرة ٤٢٨٥ مجموعة ثانية . وحكم محكمة بنى سويف الاهلية فى قضية نمرة ١١٣ سنة ٩٠٤ المؤيد من محكمة الاستئناف فى ٢١ ابريل سنة ٩٠٦ فى القضية نمرة ٣٧٥ سنة ٩٠٥ وهما غير مطبوعين

١٦٠ — ولما كان الوعد بالبيع بهذه المثابة غير محرم قانوناً وجب شرحه وبيان أقسامه مسترشدين بشروحات الفرنسيين وأحكام محاكمهم فى هذا الصدد

انواعه ١٦١ — فالوعد بالبيع اما ان يكون من المتعاقدين معاً أو من أحدهما أى ملزماً للجانبين أو ملزماً لجانب واحد ولكل أحكام خاصة

البحث الثانى — فى الوعد الملزم للجانبين

تعريفه ١٦٢ — الوعد الملزم للجانبين هو الوعد المتبـادل من طرفى المتعاقدين بالبيع والشراء . وحكمه حكم البيع سواء بسواء عملاً بنص المادة ١٥٨٩ فرنساوى فقد قضت بأن « الوعد بالبيع كالبيع متى تراضى الطرفان على المبيع وثمنه »

وقبل بيان هذه الأحكام وقيمة هذه الوعود فى القانون المصرى نرى من اللازم بيان ما وجه من النقد أو الاعتراض على هذا النص فى الشروحات الافرنجية

نقده ١٦٣ — قال بعض الشراح ان القانون الفرنساوى وضع بهذا النص قاعدة غامضة لا تميز بين البيع التام والوعد بالبيع ولا تحدد الفوارق التى بينهما مع أنهُ لا بد

وأن توجد فوارق بين العقدين بطبيعة الحال والاّ لما كان هناك داع للنص على الوعد بالبيع بصفة خاصة .

والواقع أن التعهد يكون بيعاً اذا اتفق المتعاقدان على أن يبيع أحدهما ويشترى الآخر في الحال وفى هذه الحالة يترتب على التعاقد أحكام البيع فتنتقل ملكية المبيع للمشترى ان كان ذاتاً معينة ويجب على البائع أن يسلم المبيع ان لم يكن تسليمه مؤجلاً وعلى المشترى أن يؤدى الثمن ان لم يكن دفعه مؤجلاً

ويكون التعهد وعداً بالبيع اذا اتفق المتعاقدان لا على أن يبيعا ويشتريا فى الحال ولكن على الوعد بالبيع والشراء أى انهما يتعاقدان على أمر مستقبل لا على شئ حاضر . يتعاقدان على انشاء البيع فيما بعد لا على انشائه فى الحال

ولكن القانون بقوله : الوعد بالبيع كالبيع لم يلاحظ هذه الفوارق فجاء نصه مبهماً — « بودان فقرة ٢٩ ص ٢٠ كتاب البيع »

١٦٤ — ويرى بلانيول أن هذا النص وان كان غامضاً ولكن لا يعنى به الوعد من الجانبين وانما الوعد من جانب واحد

والوعد من الجانبين فى نظره دائماً بيع تام فاذا وصف المتعاقدان فى هذه الحالة تعاقدهما « بوعد بالبيع » فالوصف خطأ أو سوء تعبير فى التحرير لا يعول عليه ويقول انهُ لا فرق بين التعبير بعبارة « أعد بالبيع وأعد بالشراء » وبين التعبير بلفظ « أبيع وأشترى » فى المؤدى فالمتعاقدان بدل أن يقولا « أبيع واشترى » قالا « أعد بالبيع وأعد بالشراء »

ولقد خطأ القائلين بأن نص المادة ١٥٨٩ يرمى الى تعريف الوعد الملزم للجانبين قائلاً ان عبارة « متى تراضى الطرفان على المبيع وثمنه » الواردة فى النص والتى اغتر بها مخالفوه فبنوا عليها رأيهم لا يقصد بها الاَّ الوعد الملزم لجانب واحد لأنهُ هو الذى كان متعارفاً عند الناس قبل اصدار القانون ولا زالت تتعامل به بعده . أما العرف فلا يعرف الوعد المتبادل من الطرفين بل هو من اصطلاح ووضع المؤلفين . ولكن لما

كانت الوعود السابقة على القانون تحصل بشروط متغايرة ومختلفة عن بعضها والثمن فيها غير مقدر وكانت تقوم صعوبات كثيرة بسبب ذلك أراد القانون رفعاً لتلك الصعوبات أن يتفق المتعاقدان وقت التعهد بالوعد بالبيع على جميع أركان البيع المستقبل الذى سيقع بينهما بحيث يكون تراضيهما على المبيع والثمن تاماً ولا يبقى معلقاً غير قبول المشترى أو البائع بحسب الأحوال أى بحسب ما اذا كان الوعد وعداً بالبيع أو وعداً بالشراء فوضع نصه سالف الذكر وقد استخلص من ذلك الى أن الوعد الملزم للجانبين لا يحصل فى العمل مطلقاً وكلما شوهد فى تعهد أو اتفاق كان بيعاً تاماً وأخذ حكمه

١٦٥ — وهذا هو ما جرى عليهِ العلم والعمل فى مصر كما يظهر فقد قرر شراح القانون المصرى بأنهُ متى توفرت شروط الوعد بالبيع الواردة فى المادة ١٥٨٩ انطبق على التعهد حكم المادة ٢٣٦ أهلى و٣٠١ مختلط وامتزج بالبيع التام وانتج حينئذٍ كل النتائج المترتبة عليهِ لأن العبرة ليست للفظ والمبنى بل للمقصد والمعنى — راجع جرانمولان كتاب العقود ص ٨٢ فقرة ٢٢٥ ومذكرات مسيو لمبير النير المطبوعة

وحكمت المحكمة المختلطة بأنهُ : يعد بيعاً حقيقياً لا مجرد وعد بالبيع العقد المشتمل على تراضى المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء واتفاقهما على المبيع والثمن — « استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ س ٢ ص ٣٩٢ فقرة ٤٦٤١ مجموعة أولى »

على انا نرى استيفاء للبحث واقتداء بأغلب الشراح أن نسرد الأحكام المترتبة على الوعد الملزم للجانبين ونذكر بعض الخلافات التى قامت بشأنه فنقول

١٦٦ — ان المقصود بالوعد بالبيع من الجانبين هو أن يكون الوعد ملزماً لكل منهما فيلتزم البائع بالبيع ويلتزم المشترى فى نفس الوقت بالشراء والاَّ كان التعاقد وعداً من جانب واحد

١٦٧ — وحكم الوعد بالبيع من الجانبين كما تقدم كحكم البيع التام سواءً بسواء فتسرى عليهِ جميع أحكامه وحينئذٍ يترتب عليهِ ما يأتى: —

١ — انه بمجرد عقده ينتقل الملك فى الحال

٢ — ان يلتزم المشترى بدفع الثمن وأن يكون المبيع فى ضمانه بحسب الأحوال
« مادة ٢٦٦ أهلى و ٣٣٦ مختلط »

٣ — انه يجب تسجيل العقد ان كان المبيع عقاراً للاحتجاج بهِ على الغير عملاً بنص المادة ٢٧٠ أهلى (٣٤١ مختلط)

٤ — ان الوعد ببيع ملك الغير باطل الاَّ اذا أجازه المالك الحقيقى

وغير ذلك من الاحكام التى قررها القانون للبيع سواء كان من جهة الشكل أو الاثبات — راجع بودرى المطول ص ٤٤

١٦٨ — ويلاحظ أن الوعد المتبادل بالبيع لا يعتبر بيعاً الا اذا توفرت جميع الأركان اللازمة لصحة انعقاده أى متى تمّ التراضى بالبيع والشراء وحصل الاتفاق على الثمن والمبيع — مادة ٢٣٦ أهلى ٣٠١ مختلط

١٦٩ — فاذا وقع خلاف فى تقدير الثمن أو فى طريقة دفعه وسريان الفوائد المستحقة كان الاتفاق المعقود عبارة عن مشروع بيع لا بيعاً تاماً ولا وعداً به — « باندكت فقرة ٢٤٢ مجلد ٥٩ بيع »

١٧٠ — أما اذا قبل المشترى الايجاب المعروض عليه بالوعد بالبيع وحفظ لنفسه الحق فقط فى طلب الاستيضاح عن بعض امور غير جوهرية فى تكوين العقد فالوعد بالبيع تام — باندكت فقرة ٢٤٣ مجلد ٥٩ بيع

١٧١ — والوعد بالبيع صحيح كالبيع متى حصل التراضى من الطرفين على المبيع وثمنه ولو اشترط تحرير عقد رسمى به فى المستقبل — باندكت فقرة ٢٤٥ ج ٥٩ بيع

والتراضى كما يكون صريحاً يكون ضمنياً فاذا أنذر المشترى البائع بالحضور أمام موثق لتوقيع البيع الذى وعد به البائع قبلاً بورقة عرفية كان ذلك دليلاً على الرضاء — « باريس ١٠ فبراير سنة ١٨٩٧ والباندكت فقرة ٢٤٦ ج ٥٩ بيع »

١٧٢ — واذا وقع الاتفاق على المبيع وثمنه بتبادل المراسلات كان الوعد بالبيع تاماً — محكمة السين ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٣ باندكت فقرة ٢٤٨ ج ٥٩ بيع

١٧٣ — وبناء على أنه يترتب على الوعد بالبيع المتبادل بين الطرفين نقل الملك في الحال حكم بأن الوعد المحرر بعقد عرفي يتعهد فيه الواعد بأن يبيع عيناً معينة بثمن معين يدفع وقت تحرير عقد البيع الرسمي يخرج العين من ملك الواعد في الحال بمعنى أن التسجيلات المتوقعة بعد صدور الوعد لا تؤثر على حق المشترى ولا يحتج عليه بها لأنها تالية للوعد بالبيع لا سابقة عليه

١٧٤ — وبمجرد تحرير العقد الرسمي يستحق دفع الثمن ولو كان حكم بأن للمشترى أن يحجزه حتى تشطب الرهون الواقعة على العين لأن المراد في هذه الحالة هو شطب الرهون السابقة على الوعد لا الرهون اللاحقة . واذا تصرف الواعد في العين بعد صدور الوعد بأن باعها لشخص آخر فللموعود له أن يطلب بطلان هذا التصرف « باندكت فقرة ٢٥٣ و ٢٥٤ بيع ج ٥٩ ».

وبالاختصار جميع القواعد التي تنطبق على البيع تنطبق على الوعد الحاصل من الجانبين .

١٧٥ — قلنا أنه متى توفرت جميع أركان البيع الصحيح في الوعد المتبادل بالبيع ترتب عليه نقل الملك في الحال . وقد ارتاب بعضهم فيما اذا كان هذا الحكم يسرى أيضاً في حالة حصول وعد بالبيع لاجل فقال إن نقل الملك يتأجل في مثل هذا التعاقد لحين حلول الأجل الذي ضربه المتعاقدان . فاذا وعد أحدهما ببيع منزله ووعد الآخر بشرائه بعد سنة بمبلغ ألف جنيه فان البيع لا يتم الا بعد انقضاء السنة وفي ذلك الوقت فقط يصير المشترى مالكاً ويكون ضمان المبيع عليه في الأحوال التي قررها القانون لان القول بغير هذا مخالف لارادة المتعاقدين اللذين أرادا أن لا يقع البيع في الحال وانما يحصل بعد عام

وقد رد على ذلك العلامة (بودرى) فقال ان هذا الرأي غير صائب لان نص المادة ١٥٨٩ من القانون الفرنساوى الذي قرر قاعدة أن الوعد بالبيع كالبيع ورد عاماً فلم يميز بين البيع المنجز وغير المنجز ويجب أن يكون حكم جميع الوعود بالبيع على

اختلافها سواء كانت لأجل أو مقيدة بشرط كحكم البيوع التامة المقابلة لهـا بمعنى أن يكون :

حكم الوعد بالبيع المنجز كحكم البيع المنجز
وحكم الوعد بالبيع لاجل كحكم البيع لاجل
وحكم الوعد بالبيع بشرط كحكم البيع بشرط

وبما أنه يترتب على البيع لاجل نقل الملك فى الحال وفقط يكون المؤجل هو تسليم المبيع أو الثمن وجب أن ينقل الملك فى الحال أيضاً بالنسبة للوعد بالبيع لاجل

والاعتراض بأن فى نقل الملك فى الحال مخالفة لارادة المتعاقدين اعتراض لا أساس له . لانه اما أن تكون ارادة المتعاقدين فى تأجيل نقل الملك ظاهرة صراحة أو دلالة أو غير ظاهرة .

فان كانت ظاهرة فالأمر ما اتفقا عليه ولا ينقل الملك الاَّ فى الميعاد المحدد لأن الاتفاق قانون المتعاقدين . وان كانت غير ظاهرة لا صراحة ولا ضمناً فالواجب اتباع نص القانون الذى لم يفرق بين صور البيوع وتحمل ارادة المتعاقدين فى مقـام الوعد المتبادل بالبيع لأجل على انهما أرادا تأجيل تنفيذ العقد بعد سنة لا تأجيل تـكوينه وانعقاده .

١٧٦ — أما من جهة الوعد بالبيوع المقيدة بشرط فلا خلاف فى أنهُ متى تم الشرط بوقوع الأمر المعلق عليه وجود التعهد يعتبر الوعد بالبيع تاماً من تاريخ حصوله وتعتبر الملكية منتقلة من ذلك التاريخ — راجع مادة ٢٦٩ اهلى و ٣٣٩ مختلط مختصر بودرى ص ٢٩٣

البحث الثالث — فى الوعد من أحد الجانبين

١٧٧ — ينقسم الـكلام على ذلك الى قسمين :
أولاً — الوعد الملزم للبائع وحده
ثانياً — الوعد الملزم للمشترى وحده

الوعد من البائع

١٧٨ — الوعد من البائع هو عقد يلتزم به شخص بأن يبيع لآخر شيئاً بغير أن يلتزم ذلك الآخر بشرائه

مثال ذلك أن يعد انسان ببيع عقاره بمبلغ ألف جنيـه اذا قبل آخر شراءه فى خلال ستة شهور — مختصر بودرى فقرة ٤٥٤ جزء ثالث

ومثل هذا التعاقد كثير الحصول فى العمل لهذا السبب عنى بعض مؤلفى الافرنج بشرحه شرحاً مستفيضاً وأغفلوا كلية شرح الوعد من الجانبين السابق الكلام عليه قائلين انهُ كالبيع حكماً ومفعولاً

١٧٩ — ولقد تردد بعض الشراح فى فرنسا بادئ الأمر فى صحة هذا الوعد قانوناً ولكن الاجماع الآن أنهُ عقد صحيح ولو لم يكن نص عليه القانون لأن السكوت لا يجعله محرماً وانما يجعله خاضعاً للقواعد العامة ومتى كان غير محرم قانوناً ولا مخالف للنظام أو الآداب فهو صحيح

الفرق بين الوعد بالبيع والايجاب فى البيع

١٨٠ — ويجب الاحتراز من خلط الوعد بالبيع من جانب واحد بالايجاب فى البيع[1] فان الوعد بالبيع عقد تام تكون بايجاب وقبول من الواعد والموعود له بخلاف مجرد الايجاب فى البيع فانه شطر من العقد لا يتم الاّ باجتماع القبول معه — « بودرى المطول فقرة ٥٧ كتاب البيع »

خيار الرجوع فى الوعد بالبيع

١٨١ — ولما كان الوعد المفرد بالبيع تعهداً تاماً أى يجب لتكوينه حصول الايجاب والقبول فاذا صدر وعد من البائع فاما أن يكون الموعود له قبل التمسك به أو لم يقبل

فاذا لم يكن قبل التمسك به كان الالتزام بالوعد مجرد عرض[2] لا يترتب عليه حق للغير ولصاحبه أن يرجع فيه متى أراد لأن حكمه حكم الايجاب فى كل عقد وقد تقدم أن للموجب خيار الرجوع فى ايجابه (انظر فقرة ١٠٤)

١٨٢ — أما اذا قبـل المشترى التمسك بهِ نشأ عن ذلك العقد المسمى وعداً

---

(١) *Offre de vente*

(٢) *Pollicitation*

ملزماً للبائع[1] لانه لا يتم الاّ باجتماع إرادتى المتعاقدين (الايجاب والقبول)

واعتبر هذا العقد ملزماً للبائع وحده لأنه هو الذى تعهد بالبيع . أما المشترى فانه وان كان قبل التمسك بهذا الوعد لكنه لم يتعهد بالشراء فان شاء اشترى فى الأجل المعين وبذلك يتم البيع وان شاء لم يشترِ حتي ينقضى الأجل فيبطل مفعول الوعد كما هو شأن جميع العقود التى من هذا القبيل أى الملزمة لجانب واحد بحسب نص المادة ١٠٣ فرنساوى[2]

الوعدمن البائع ليس من التعهدات المقترنة بشرط مفسد

١٨٣ — وقد ظن بعضهم أن هذا التعاقد مقترن بشرط متعلق بمشيئة أحد المتعاقدين وبذلك يكون باطلاً

ولكنه ظن فاسد لان الشرط المعلق على مشيئة أحد المتعاقدين ويجعل العقد المقترن به باطلاً هو الشرط المتعلق بارادة المتعهد (وهو هنا الواعد) لا المتعلق بارادة المتعهد له (الموعود) والواعد هنا قد ارتبط بوعده نهائياً والخيار فى تنفيذ العقد وعدم تنفيذه متوقف على ارادة المشترى وعلى ذلك يكون التعهد صحيحاً عملاً بنص المادة ١١٧٤ مدنى فرنساوى — راجع حكم محكمة النقض فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ المنشور تعليقاً على هذه المادة بمجموعة داللوز الصغيرة — والاحكام الواردة بالباندكت فقرة ٢٧٨ بيع — ٥٩

١٨٤ — وحكم تطبيقاً لذلك بأن الشرط الوارد بعقد اجارة متضمناً الخيار للمستأجر فى شراء العين المؤجرة بثمن مقدر هو شرط ملزم للمؤجر ولو ان تحقق البيع متعلق بارادة المستأجر — محكمة النقض بفرنسا ٢٢ يناير سنة ١٨٦٨ فقرة ٢٧٩ باندكت بيع ج ٥٩

١٨٥ — وبأنهُ يعد وعداً صحيحاً بالبيع مقبولاً من الصادر له (الموعود) .

---

(١) *Promesse unilatérale de vente*

(٢) هذا هو نصها — ويكون (أى العقد) لازماً من جانب واحد اذا التزم واحد أو اكثر لواحد أو اكثر بشيء بدون التزام من الجانب الاخر

لا مجرد عرض التزام المالك التزاماً غير مقيد بقيد ولا شرط بأن يبيع للموعود له فى غضون مدة معينة أرضاً مقدرة المساحة وبثمن متفق عليه بينهما وعلى ذلك يعتبر هذا الالتزام تعهداً لا يجوز للواعد فسخه بمجرد ارادته وحده واخطار الموعود له الواعد بالقبول ليس ذا أهمية فلا يترتب عليه فائدة ما ولا يفيد فى الخصومة — باندكت فقرة ٢٨٠ بيع — ج ٥٩

١٨٦ — وقبول الوعد الملزم للبائع اما ان يكون بالصراحة أو الدلالة فان كان القبول بالدلالة فتقديره موكول لفطنة القاضى اذ المسألة مسألة وقائع — بودرى المطول فقرة ٦٢ ص ٤٧؛

١٨٧ — وقد حكم بأنه يعتبر من أنواع القبول بالدلالة ما اذا استلم الموعود له ورقة عرفية متضمنة وعداً بالبيع فأخذها وحفظها بطرفه فان استلام الشخص لورقة شاملة لتعهد فى منفعته يفيد قبوله لها وحفظها بطرفه دليل على رغبته فى الاستفادة من الايجاب الثابت بها عند الاقتضاء لانهُ لو لم يكن قابلاً لهذا الايجاب لامتنع عن استلام العقد المثبت له — باندكت فقرة ٢٧٢ ج ٥٩ بيع

١٨٨ — واذا باع الموعود له العين المراد بيعها اليه دل ذلك على قبوله الوعد الصادر له ببيعها لأن بيعها بمعرفته يترتب عليه أن يكون قبل ابتداء شراءها من الواعد حتى يسوغ له التصرف فيها ولا مانع من أن يكون قبوله الشراء والرضاء بالبيع حاصلين فى آن واحد وبعقد واحد — باندكت فقرة ٢٧٣ ج ٥٩ بيع وبودرى المطول فقرة ٧٠

١٨٩ — ويلاحظ أن محل ذلك أيضاً أن لا يكون الموعود له رفض الايجاب الصادر اليه من الواعد أو عدل عنه لأنهُ اذا صدر منه ما يفيد الرفض صراحة أو دلالة ثم قبل بعد ذلك فقبوله لا مفعول له لأنه لم يصادف محله اذ ينبنى على الرفض اخلاء مسؤلية الواعد مما وعد به فيسقط ايجابه ومن المقرر أن لا بد من اجتماع الايجاب والقبول لتكوين العقد — قارن فقرة ٢٧٦ باندكت ج ٥٩ بيع

١٩٠ — جرى القضاء فى فرنسا على أنهُ اذا ترك الموعود له التمسك بالوعد بالبيع زمناً طويلاً أفاد ذلك العدول ضمناً عن استعمال الحق المخول له ولكن «بودرى» يقول

إن هذه أحكام يجب النظر والتأنى فى الأخذ بهـا لأن ترك الحقوق لا يفترض فيحسن بالقاضى أن يستعين أيضاً فى تكوين اعتقاده بظروف أخرى ينتفى معها كل شك يحوم حول ارادة الموعود له من جهة السكوت زمناً طويلاً — بودرى المطول فقرة ٧٠ والباندكت فقرة ٣١٠ بيع ٥٩

المبحث الرابع — فيما يترتب على الوعد من البائع

١٩١ — يظهر مما تقدم أن الوعد الملزم للبائع ينعقد قبل عقد البيع ويكون مستقلاً عنهُ أما نفس البيع فلا يتم الاّ بعد موافقة المشترى على الشراء. لهذا يتعين بيان حكمه قبل موافقة المشترى على الشراء وبيان حكمه بعد الموافقة

في حكم الوعد الملزم للبائع قبل موافقة المشترى

١٩٢ — أما حكم الوعد بالبيع الملزم للبائع وحده قبل موافقة المشترى على الشراء فهو ما يأتى :

طالما ان الموعود له لم يبدِ رغبته فى الشراء خلال الأجل الممنوح له فالبيع لا ينعقد. ومن ثم لا ينتقل الملك بالنسبة للواعد. ولا يكون الضمان على المشترى فى الاحوال التى قررها القانون

وكل ما يترتب على الوعد فى هذه الحالة انمـا هو حق شخصى يلتزم الواعد بمقتضاه أن يحتفظ بوعده حتى ينتهى الأجل أو يبدى المشترى فى خلال ذلك رغبته فى الشراء أو عدم الشراء

التصرف فى العين الموعود ببيعها

١٩٣ — ولهذا اذا خالف الواعد هذا الالتزام فتصرفِ فى العين بان باعها لآخر انتقلت ملكيتها اليهِ لأنه لم يترتب على الوعد بالبيع حق عينى للموعود له بل الذى ترتب هو تعهد شخصى أصبح تنفيذه بعد البيع متعذراً ومستوجباً لالزام الواعد بالتعويضات فقط شأن كل تعهد بحق شخصى استحال تنفيذه

واتقاء لمثل هذه النتيجة يتفق الخصوم فى بعض الأحيان على رهن العين الموعود ببيعها رهناً عقارياً لتكون ضامنة لسداد التعويضات المستحقة اذا بيعت العين لغير الموعود له — بلانيول فقرة ١٤٠٣ ص ٤٧١ ج ٢

١٩٤ — وبناءً على ما تقرر من عدم انتقال الملك حكم بأن للواعد أن يرهن العين رهناً عقارياً لأنها لم تخرج عن ملكه وأن الرهن صحيح ما دام حصل قبل ابداء المشترى رغبته فى الشراء — باندكت فقرة ٢٨١ بيع ٥٩

فى هلاكها وزيادتها او نقصها

١٩٥ — إذا هلك المبيع الموعود ببيعه فانه يهلك على الواعد وذلك لانه من البديهى انه متى هلك المبيع فالموعود له لا يقبل الشراء ومتى لم يقبله فلا يتم البيع

١٩٦ — ولكن قد يتفق أن لا يهلك المبيع وانما تزيد قيمته أو تنقص فما حكم ذلك ؟

اما اذا نقصت قيمة المبيع أو تلف بعضه فمن البديهى كذلك أن الموعود له يمتنع عن الشراء فلا يحصل البيع فاذا رأى فائدة له فى القبول تم البيع ولكن بالثمن المقدر فى عقد الوعد بالبيع بلا نقص فيه — باندكت فقرة ٣٠٣ بيع ج ٥٩

أما اذا زادت القيمة وجب التفريق بين الزيادة الطبيعية والزيادة الناشئة من فعل الواعد

١٩٧ — فان كانت الزيادة طبيعية كأن كانت ناشئة من طمى نهر أو فتح شارع أو غيره فالرأى الراجح ان الثمن يزيد بنسبتها لأننا قلنا إن العين اذا هلكت أو نقصت قيمتها تهلك أو تنقص على الواعد فمن العدل أن يستفيد من زيادة قيمتها

١٩٨ — وان كانت الزيادة ناشئة من فعل الواعد وجب النظر فيما اذا كانت هذه الزيادة ضرورية أو نافعة أو كمالية

١٩٩ — أما إن كانت الزيادة ضرورية بأن كانت لازمة لصيانة المبيع وسلامته من العطب كان على الموعود له اداء قيمتها — باندكت فقرة ٣٥٩ ص ٣٥ بيع ج ٥٩

٢٠٠ — وان كانت نافعة فقط ولكنها غير ضرورية لزم الموعود له قيمتها أيضاً بناءً على قاعدة « الغرم بالغنم » اذ ليس للانسان أن يغتنى من مال غيره بلا مقابل وبطريق القياس على الحالة الواردة فى المــادة ٣٤٤ أهلى (٤٣٠ مختلط و ١٦٧٣ فرنساوى) والقاضية بأنهُ لا يجوز فسخ البيع الوفائى الأَّ بعد تأدية ما زاد فى قيمة المبيع

بسبب المصاريف الأخرى التى صرفها المشترى بشرط أن لا تكون فاحشة —
« قارن فقرة ٣٦٠ باندكت بيع ٥٩ »

٢٠١ — أما الزيادة الكمالية وهى التى تكون من قبيل الزخرف فلا يلتزم الموعود له بقيمتها اذ لا مصلحة له منها ولكن للواعد أخذها لنفسه قياساً على ما ورد بمادة ٥٩٦ فرنساوى المجيزة أخذ أشياء الزخرفة وغيرها متى كان ذلك ممكناً بشرط اعادة الشىء لأصله ولو تركت لاغتنى الموعود له من مال غيره بلا مقابل وهذا غير جائز —
« باندكت فقرة ٣٦١ بيع ج ٥٩ »

٢٠٢ — وكون الوعد لا يترتب عليه غير حق شخصى ولا يمنع الواعد من التصرفات بالكيفية السابقة هو الرأى المعول عليه

في أن الوعد بالبيع ليس بيعاً بشرط

٢٠٣ — وقد كان ذهب بعضهم الى اعتبار الوعد بالبيع بمثابة بيع تحت شرط بمعنى أن البيع يتم من وقت انشاء الوعد ولكنه يبقى معلقاً على طلب الموعود له نفاذه فاذا طلب النفاذ عد مالكاً من وقت صدور الوعد لا من وقت طلب النفاذ بناء على قاعدة « استناد التعهدات الى وقت التعاقد اذا تم الأمر المعلق عليه الشرط » (مادة ١٠٥ أهلى و ١٥٩ مختلط).

وبناء على ذلك أجاز للموعود له أن يبطل التصرفات الحاصلة من الواعد بعد الوعد بالبيع متى كان حفظ حقه بالنسبة للغير قانوناً بأن سجل عقد الوعد بالبيع

ولكنه رأى غير مقبول لمخالفته للمبادىء القانونية واليك البيان : يفترض أصحاب هذا الرأى وجود شرط من حيث لا وجود له . اذ اعتبار هذا التعاقد بيعاً معلقاً على شرط دليل على التزام الموعود له بالشراء من تاريخ صدور الوعد . وليس الأمر كذلك فقد بينا أن الموعود له يقتصر على مجرد قبول الوعد ولم يتعهد أبداً بالشراء فله أن ينتفع بالوعد فيبدى رغبته فى الشراء كما له أن لا يشترى . ولهذا كان التعاقد بطبيعته ملزماً لجانب واحد . ونفس طلب النفاذ هو المكون للعقد لانه فى هذا الوقت يتحد ايجاب البائع بقبول المشترى . فمن الخطأ الواضح أن يعتبر حصوله متمماً لشرط البيع

لأنا بذلك نلزم المشترى بتعهد لم يكن تعهد به من قبل طلب النفاذ ونخالف القاعدة القاضية بأنه لا يعتبر الوعد بالبيع بيعاً بمجرد حصوله الاَّ اذا كان التراضى متبادلاً من المتعاقدين على المبيع وثمنه والرضاء هنا حصل من البائع وحده — بودرى المطول ص ٤٧ فقرة ٦٤ كتاب البيع

وقد صدرت بعض الأحكام فى فرنسا بابطال مثل هذه التصرفات متى كانت صادرة بسوء نية ارتكاناً على نص المادة ١٣٨٢ فرنساوى (المقابلة لمادة ١٥١ مدنى أهلى و٢١٣ مختلط) أو المادة ١١٦٧ فرنساوي (المقابلة لمادة ١٤٣ أهلى و ٢٠٤ مختلط) «راجع الاحكام الرقيمة ١٧ اغسطس سنة ١٨٤٨ محكمة بوردو و ٦ يوليه سنة ١٨٨٣ محكمة ليون و ٤ ابريل سنة ١٩٠٦ محكمة نانسى »

ويرى بلانيول ان هذا الابطال لا يجوز أن يحصل بناء على قاعدة جواز ابطال تصرفات المدين (الدعوى البولسية) لأنها تستلزم عسر المدين الذى يريد منع دائنيه من الحصول على حقهم الذي يطالبون بالوفاء به نقداً لا عيناً وانما على قاعدة « من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه » — راجع بلانيول فقرة ١٤٠٣ ج٢

٢٠٤ — اذا سلمنا بأنه لا يترتب على الوعد بالبيع للمشترى غير حق شخصى طالما أن المشترى لم يبد رغبته فى الشراء فيترتب على ذلك أن لا محل لتسجيل عقد الوعد الملزم للبائع اذا كان المبيع عقاراً لأن التسجيل لا يغير صفته ولا يؤثر على طبيعته ولا ينقلب هذا الحق الى حق عينى الاَّ متى ابدى المشترى رغبته فى الشراء صراحة أو دلالة

فى حكم الوعد الملزم للبائع بعد الموافقة

٢٠٥ — اذا وافق المشترى على الشراء تم البيع وكان على البائع تنفيذاً لوعده أن يحرر عقد البيع الصحيح المستكمل للشرائط القانونية لأنهُ من هذا الوقت تسرى جميع أحكام البيع من نقل الملك أو ضمان للمبيع فى حالة الهلاك بحسب الأحوال القانونية أو دفع للثمن وغير ذلك

فى امتناع الواعد عن تنفيذ وعده

٢٠٦ — ولكن قد يتفق أن يمتنع الواعد عن تنفيذ وعده بالبيع فهل يجوز للموعود له أن يجبره على تسليم المبيع متى وافق على الشراء

الرأى الذى اختاره الشراح واعتمدته المحاكم فى فرنسا هو أن للموعود له الحق فى أن يجبر الواعد على الوفاء بوعده كما له أن يطالبه بالتضمينات وذلك لأنهُ متى وافق المشترى على الشراء صار البيع تاماً لوجود التراضى من الجانبين وأصبح التعهد حاصلاً من الطرفين . فيكون حكمه حكم الوعد الملزم للجانبين السابق الكلام عليه . أى ينقل الملك ومتى انتقل الملك كان للمشترى الحق فى أن يجبر البائع على تسليم المبيع بناءً على نص المواد ٢٦٦ و ٢٧١ وما يليها مدنى أهلى (٣٣٦ و ٣٤٢ مختلط) والقواعد العامة فى التعهدات (مواد ١١٧ و ١١٨ أهلى و ١٧٣ وما يليها مختلط)

بمعنى أنه اذا امتنع الواعد الذى صار بائعاً عن تسليم المبيع حكم القاضى بصحة انعقاد البيع وأمر بالتسليم وقام الحكم مقام العقد (لا أن يحكم بالزام البائع بتحرير العقد كما كان حاصلاً فى فرنسا قبل اصدار القانون المدنى) وذلك لأن جميع أركان البيع قد توفرت « راجع بلانيول فقرة ١٤٠٦ ج ٢ وبودرى المطول فقرة ٦٦ كتاب البيع » .

في جواز التسجيل

٢٠٧ — ويجوز للمشترى بعد الموافقة على الشراء أن يسجل عقده اذا كان المبيع عقاراً حفظاً لحقوقه التى أصبحت عينية

فيما يجب أن يشتمل عليه لوعد

٢٠٨ — ولأجل أن يتم البيع عند الموافقة يجب أن يكون الوعد به ولو من جانب واحد مشتملاً على جميع العناصر المكونة للبيع وهى الاتفاق على المبيع وثمنه

٢٠٩ — ويرى بوتيه(١) أنهُ اذا لم يكن حصل الاتفاق على الثمن بين المتعاقدين جاز تقديره بواسطة خبراء . ولكنه رأى مردود وغير مأخوذ به عملاً لأن الوعد بالبيع من جانب واحد وان لم يكن بيعاً تاماً ولكنه سيصير كذلك بمجرد موافقة المشترى واظهار رغبته فى الشراء فوجب أن يشتمل على جميع أركان البيع ومنها تقدير الثمن وقد حتم القانون أن يكون تقدير الثمن باتفاق المتعاقدين أو بتراضيهما على تقديره بواسطة أجنبى طبقاً لنص المادة ١٥٩٢ فرنساوى ومثل هذا التراضى لم يحصل هنا فلا يجوز حينئذٍ تعيين خبير لتقديره بل يعتبر الوعد صادراً بغير اتفاق على الثمن أى باطلاً — بودرى المطول فقرة ٦٨ والباندكت فقرة ١٤٨ بيع ج ٥٩ والأحكام الواردة تعليقاً عليها

(١) Pothier

٢١٠ — ويقول بعضهم أن فى الامر نظراً. فاما أن يكون المتعاقدان قداشترطا أن يكون البيع بالسعر الجارى أو بالثمن الذى يساويه المبيع عند البيع أو لم يذكرا شيئاً خاصاً بالثمن

فان كان الاول اعتبر البيع صحيحاً وان كان الثانى اعتبر باطلاً

ولكن هذا التفريق أيضاً غير مسلم به لان ذكر مثل هذه الاشتراطات لا يفيد ان الثمن مقدر. والواجب قانوناً تقديره ولو بطريق الاحالة كما اذا اتفق المتعاقدان على حصول البيع بالثمن الذى اشترى به البائع. فانه فى هذه الحالة يمكن الرجوع الى عقد شراء البائع ومعرفة الثمن. اما وعقد البيع لا يشتمل الا على عبارات عامة مبهمة من جهة الثمن كاشتراط بيعه بقيمته الحقيقية أو بالثمن الذى يساويه عند البيع فلا يمكن اعتبارها تقديراً للثمن لان هذه العبارات تستدعى تقويم المبيع وتقدير الثمن عند البيع وذلك ما يفضى الى المنازعة التى أراد القانون تحاشيها بان اشترط الاتفاق على الثمن — باندكت فقرة ٢٨٥ بيع ج ٥٩

وعلى ذلك اذا قبل المشترى وعداً ملزماً للبائع بغير اتفاق على الثمن انعقد البيع باطلاً لنقص أحد أركانه

٢١١ — وحكم بأن الوعد بالبيع المشتمل على بيع قدر معين من الامتار فى قطعة أرض تنطبق حدودها الواردة به على جملة جهات من قطعة الارض غير ملزم للواعد وذلك لعدم الاتفاق على المبيع — فقرة ٢٨٦ باندكت بيع — ٥٩

٢١٢ — وكذلك اذا اختلف المتعاقدان على طول وعرض طريق وعد البائع ببيعه لمستأجر أرضه وتبين أن عقد الوعد بالبيع خال من ذكر مقدار الطول والعرض يعتبر الوعد بالبيع غير ملزم للواعد لعدم تعيين المبيع خصوصاً اذا ظهر أن ليس فى الامكان اتباع العرض المتبع فى اقامة الطرق الخاصة بالمرور لانهُ من اللازم انشاؤه على استقامة طريق عام — محكمة اميان ٢٤ يوليه سنة ١٩٠٠ باندكت فقرة ٢٨٨ بيع ٢٥٩

في جواز تحويل التعهد بالوعد بالبيع

٢١٣ — ويجوز الموعود له أن يتنازل عن حقه في الشراء بالكيفية المقررة في القانون للحوالة بالديون و بيع مجرد الحقوق بمعنى أن ملكية الحق المبيع لا تنقل ولا يعتبر بيعها صحيحاً بمقتضى القانون الاهلي الا اذا رضي المدين بذلك كتابة (مادة ٣٤٩ أهلي)

أما في القانون المختلط فتنتقل الملكية بين المحيل والمحال اليه بمجرد تراضيهما وتنتقل بالنسبة للغير باعلان الحوالة المحال عليه أو بقبولها منه بورقة ذات تاريخ رسمي (٤٣٥ و ٤٣٦ مختلط)

٢١٤ — واذا بيع هذا الحق بالكيفية السابقة كان للمحال له أن يطلب من الواعد تنفيذ وعده بشرط بقاء المحيل ضامناً للثمن ولجميع تعهدات المشترى الأخرى — « بودرى المطول فقرة ٦٩ كتاب البيع والاحكام الواردة تعليقاً عليها »

في صيغ الوعد الملزم للبائع

٢١٥ — والوعد بالبيع كالبيع يجوز أن يكون باتاً أو مؤجل تسليم المبيع أو الثمن أو هما معاً أو مقيداً بشرط وتجرى في كل حالة من هذه الأحوال الأحكام المقررة لها في البيع التام

في تحديد اجل لقبول الشراء

٢١٦ — قلنا ان البيع يتم اذا وافق المشترى على الشراء وفي العادة يحدد المتعاقدان أجلاً يقبل فيه المشترى الشراء حتى اذا انقضى الأجل المذكور سقط تعهد الواعد وخلت مسئوليته مما وعد

ولكن ليس للواعد أن يرجع في وعده قبل الانقضاء

أما اذا انقضى الأجل فيسقط تعهده من تلقاء نفسه بغير حاجة لتكليف رسمي منه لأن ذلك مؤدى اتفاقهما وهو قانونهما

٢١٧ — وحكم بأن الوعد بالبيع الصادر لمديرى شركة مساهمة ليس لهم الحق في عقد البيع نهائياً بغير تصديق الجمعية العمومية لا يُلزم الواعد اذا انقضى الزمن المحدد قبل أن يحصل تصديق الجمعية ولو قبله المديرون قبل انتهاء المدة لأن قبولهم وحده غير كافٍ بل لا بد من تصديق الجمعية العمومية عليه حتى يكون صحيحاً وملزماً للمديرين والتصديق لم يحصل الا بعد مضى الميعاد — باندكت فقرة ٣٠٠ بيع ٢٥٩

٢١٨ — وبأن قبول مشترى شيء موعود ببيعه فى أجل معين يكون صحيحاً اذا حصل بكتاب محرر فى اليوم الأخير من الأجل المحدد ولو لم يصل الكتاب المشار اليه للواعد الاَّ فى اليوم التالى أى بعد انقضاء الأجل وذلك لأن القبول وقع صحيحاً وصادف محله والعبرة بوقت حصوله لا بوقت وصوله — راجع الباندكت فقرة ٣٠٣ بيع ج ٥٩

والظاهر أن هذا الحكم مخالف لما تقرر آنفاً فى فقرة ١٢٨ فراجعه

في طلب تحديد الاجل من القضاء

٢١٩ — واذا لم يحدد الأجل بين المتعاقدين جاز للواعد أن يطلب من القضاء تحديده حتى لا يبقى مرتبطاً بتعهده الى أجل غير مسمى وهو أمر لم يقصده الطرفان وقت تحرير الوعد ولأنهُ ليس للواعد أن يحدد بمحض ارادتهِ ذلك الأجل — بودرى المطول فقرة ٧٠ كتاب البيع

٢٢٠ — ولكن لا يخفى أن للواعد أن يتمسك بنص المادة ٢٠٨ أهلى القاضية بأن جميع التعهدات تزول بمضى مدة خمس عشرة سنة — باندكت فقرة ٣٠٦ بيع ج ٥٩

٢٢١ — ووجه عدم ترك الحرية للواعد فى تحديد الأجل هو أن لا يبقى الموعود له تحت رحمة الواعد الذى يهدده فى أى وقت بفسخ التعهد ولهذا تكون المحاكم هى الحكم بين الطرفين لان مأموريتها تفسير اتفاقات المتعاقدين

٢٢٢ — ويرى بعضهم رأياً آخر وهو أن يبدأ الواعد بتكليف الموعود له رسمياً بأن يبدى رغبته فى زمن معين فى تنفيذ الوعد أو عدم تنفيذه فاذا رأى الموعود له أن الزمن غير كاف حكَّم القاضى فى الأمر أما اذا لم يبدِ معارضة ما وانتهى الأجل المضروب ولم يبدِ رغبته فى الشراء سقط تعهد الواعد ولهذا الرأى أفضلية ترك السبيل للمتعاقدين للاتفاق ودياً فان لم ينجحا عرضا الخلاف على القضاء فيفصل فيهِ بعكس الرأى السابق فانهُ يشير بالتقاضى مباشرة — راجع دوفرجيه المجلد الاول فقرة ١٢٧ والباندكت فقرة ٣٠٩ ص ٣١ بيع — ٥٩

فى بطلان الوعد بالبيع للموظفين والنائبين عن غيرهم

٢٢٣ — ويجب أن يستوفى الوعد بالبيع أيضاً شروط الصحة اللازمة للبيع التام وعلى هذا يحرم على القضاة ووكلاء النيابة وغيرهم ممن ذكروا بمادة ٢٥٧ مدنى أهلى (٣٢٤ مدنى مختلط) أن يقبلوا وعداً ببيع حق متنازع فيه تكون رؤيته من خصائص

المحكمة التي يؤدون فيها وظائفهم واذا وقع ذلك كان الوعد بالبيع باطلاً

٢٢٤ — وكذلك لا يجوز للأولياء ولا للأوصياء أو الوكلاء أن يقبلوا وعداً ببيع الشيء المنوط بهم بيعه فى الاحوال المنصوص عليهـا فى مادة ٢٥٨ مدنى أهلى (٣٢٥ مختلط) وذلك لانهُ سينقلب الى بيع تام وهو غير جائز

٢٢٥ — وبما أن الوعد بالبيع ينقلب الى بيع تام من يوم موافقة المشترى على الشراء فاذا لحق البيع وجه من أوجه البطلان أو الفسخ ابتدأت المدة اللازمة لسقوط الحق فى دعوى البطلان أو الفسخ من التاريخ المذكور — باندكت فقرة ٢٩٧ بيع ج ٥٩ أحكام مختلفة

٢٢٦ — اذا صدر وعد بالبيع تحت شرط أى متعلقاً بأمر مستقبل وغير محقق فتتبع فى شأنهِ قواعد الشرط فى التعهدات . فاذا كان الشرط موقفاً لايجاد البيع فلا يتم البيع الا عند وقوع الامر المعلق عليهِ الشرط . واذا كان الشرط فاسخاً برئ الواعد بوقوع الشرط — باندكت ٣١٧ بيع ج ٥٩

٢٢٧ — وحكم بناء على ذلك بأنهُ لامفعول للوعد الصادر من البائع بورقة عرفية ولكن تحت شرط تحرير عقد رسمى بهِ ودفع الثمن فى زمن معين اذا لم تستوف هذه الشروط فى الزمن المعين . بمعنى أنهُ ليس للموعود له أو لمن تحول اليه هذا الحق أن يطلب تنفيذ الوعد عند عدم اتمامها — محكمة تولوز فى ٩ اغسطس سنة ٨ - ٩ والباندكت فقرة ٣١٨ بيع ج ٥٩

المبحث الخامس — فى بيع التفضيل (أو الاولوية[1])

٢٢٨ — بيع التفضيل أو الاولوية نوع من أنواع الوعد بالبيع

٢٢٩ — وتعريفه انه اتفاق يلتزم به الواعد ببيع شيء بالأولوية لشخص معين عند تساوى الأثمان — بودرى المطول فقرة ٧١ تعريفه

(١) Pacte de préférence ou promesse de préférence

مثال ذلك الاتفاق المعقود بين الحكومة وشركة استخراج البترول فقد تعهدت الشركة بجعل الاولوية للحكومة فى توريد المطلوب لها منه كما جعلت حداً أقصى للسعر الذى تبيع به فى القطر المصرى

حكمه

٢٣٠ — ويترتب على هذا التعاقد ما يترتب على الوعد بالبيع من الأحكام. فاذا باع الواعد العين لشخص آخر غير الموعود له فلا يلزم بغير التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بحق شخصى وليس للموعود له أن ينزع العين من تحت يد المشترى ان كان المبيع عقاراً لأن حقه شخصى لا عينى الاَّ اذا تبين أن ظروف البيع تفيد حصوله اضراراً بحق الدائن وتجيز رفع الدعوى البولسية

الطعن فى صحته

٢٣١ — وقد طعن فى صحة هذه الاتفاقات بأنها :

أولاً — تعهدات متوقفة على مشيئة الواعد . وأجيب بأن التعهد الباطل هو التعهد المتوقف على مجرد مشيئة المتعهد لا التعهد المتعلق بأمر قد يحصل أو لا يحصل واذا حصل فيكون وقوعه خارجاً عن ارادة المتعهد

ثانياً — تعهدات خالية من بيان الثمن وبيانه لازم لصحة التعاقد . وردّ بأن الثمن وان لم يكن مبيناً نقداً ولكنه مقدر فى الشروط بتقديراً تاماً اذ متفق فيه أن الواعد يبيع بالثمن الذى يُطلب الشراء بهِ عند عرضه للبيع

مقارنته ببيع الوفاء

٢٣٢ — ولما كان البيع بالتفضيل قد يحصل أحياناً من نفس المشترى لبائعه كحالة الشريك أو الوارث الذى يشترط على شريكه أو الوارث معهُ انهُ اذا أراد بيع حصته فانهُ يفضله على غيره ويبيعها اليه بالأولوية قارن الشراح بين هذا الاشتراط وبين بيع الوفاء وقالوا إن الفرق عظيم بين الامرين . فان بيع الوفاء يكسب المشترى حقاً عينياً بمقتضاه يتبع العين تحت يد الحائز لها أياً كان. وأما الموعود له فى بيع التفضيل فلا يملك غير حق شخصى يخول له المطالبة بالتضمينات اذا اشترى العين ثالث — « راجع تعليقات داللوز فقرة ٦ مادة ١٦٥٩ »

جواز التصرف بغير البيع فى بيع الأولوية

٢٣٣ — قلنا إنهُ اذا باع الواعد العين الموعود ببيعها بيع تفضيل لزمته التضمينات المترتبة على هذا التصرف (انظر فقرة ٢٣٠ السابقة) ولكن هذا التضمين قاصر على حالة التصرف بالبيع فقط . فاذا تصرف الواعد فى العين بتصرف آخر كأن وهبها أو قايض عليها فلا يلزم بشىء . وحكمة ذلك أن تعهده بالبيع بالأولوية لا يعد منعاً من التبرع بلا عوض . فاذا وهب لم يكن للموعود له أن يدعى الأولوية فى الهبة عن الموهوب له وقد أراد الواهب منفعته الشخصية . واذا قايض فليس له أن يحول بينهُ وبين ما يريد امتلاكه من بدل قد يرى أخذه لأسباب شخصية خصوصاً اذا لوحظ أن تعهده يتضمن فقط أنه يفضل الموعود له اذا باع فيجب عدم التوسع فى تأويل قصد المتعاقدين وأن لا تتعدى نتائج التعهد ما أريد به وهو البيع — بودرى المطول فقرة ٧٢ كتاب البيع

الفرق بينه وبين الواعد بالبيع المجرد

٢٣٤ — والفرق بين هذا التعاقد وتعاقد الوعد بالبيع المجرد انهُ فى حالة الوعد بالبيع من غير شرط التفضيل يكون الثمن مقدراً أما فى عقد بيع التفضيل فان تقديره يرجع الى ما يساويه المبيع عند عرضه للبيع . ولكن هذا ليس بمانع من أنهُ فى بيع التفضيل قد يعين الثمن تعيناً صريحاً ولو عين فلا يكون وعداً متبادلاً من الجانبين كما ظن البعض لان الموعود له لم يتعهد بالشراء وهو شرط لازم لتكوين البيع

٢٣٥ — واذا حدد المتعاقدان أجلاً للبيع فيهِ بالأولوية كاشتراط المؤجر البيع للمستأجر على وجه التفضيل مدة الايجار سقط التعهد بانقضاء الأجل أو بفسخ شروط الايجار جبراً أو اختياراً . أما اذا طلب المستأجر الشراء فينقلب الوعد الى وعد من الجانبين بالبيع والشراء وبذلك يتم العقد ويترتب عليه جميع النتائج السابق شرحها بالنسبة للوعد من الجانبين

مايشتمل عليه

٢٣٦ — لانعقاد بيع الأولوية يجب أن يكون التعهد مشتملاً على التزام حقيق من الواعد بالبيع بالأولوية . فاذا اقتصر العقد على عدم بيع الشىء بثمن معين الا بعد اخطار الموعود له فلا يعد ذلك وعداً ولا تترتب عليه حقوق للموعود له اذا أخل الواعد بعهده فباع للغير بغير اخطاره لانهُ لا يوجد ارتباط قانونى بين الطرفين — « تعليقات داللوز . مادة ١٥٨٩ . فقرات ١٤٩ و ١٥٠ و ١٥١ »

المبحث السادس — فى الفرق بين الوعد بالبيع من الجانبين والوعد بالبيع من جانب واحد

٢٣٧ — يتبين من مقارنة أحكام التعهدين السابق الكلام عليهما وهما الوعد من الجانبين أو من جانب واحد أن هناك فروقاً بينهما وهى تتلخص فيما يأتى :

أولاً — أن الوعد بالبيع المتبادل يعد بيعاً وحينئذٍ ينقل الملك ويجعل للمشترى حقاً عينيًّا على المبيع. أما الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد فلا يجعل للمشترى غير حق شخصى

ثانياً — أنه فى حالة الوعد من الجانبين اذا باع الواعد الشيء الموعود به فيعتبر أنه باع ما لا يملك وكان للموعود له الذى حفظ حقه قانوناً ان يتمسك به قبل الغير ويسترد المبيع ممن اشتراه

أما فى حاله الوعد بالبيع من جانب البائع فلا يكون للموعود له غير حق المطالبة بتعويضات اذا باع الواعد الشيء الموعود ولا يجوز له أن يطلب بطلان البيع الاَّ اذا كان صادراً بسوء نية وبقصد الاضرار بحق الموعود له أى عند توفر شروط الدعوى البولسيه

ثالثاً — اذا كان موضوع الوعد المتبادل عقاراً وجب تسجيله للاحتجاج به على الغير لأنه ناقل للملك . أما فى الوعد المفرد فلا محل لتسجيله لأن الحق المترتب عليه شخصى ولا يسجل الاَّ بعد صيرورته وعداً متبادلاً أى بعد الموافقة على الشراء وطلب التنفيذ .

رابعاً — فى الوعد المتبادل يكون ضمان المبيع على المشترى فى الأحوال التي قررها القانون وفى الوعد المفرد يكون دائماً على الواعد

خامساً — لا يجوز فى الوعد المتبادل بيع شيء مملوك للغير كما فى البيع التام ولكن يجوز ذلك فى الوعد المفرد — راجع كاربنتييه فقرة ٢٣٤ وما بعدها ج ٣٩ ص ٨٢٣ وبودرى المطول فقرة ٧٥

المبحث السابع — فى الوعد بالبيع من جانب المشترى

٢٣٨ — الوعد من المشترى هو اتفاق يلتزم به شخص بأن يشترى من آخر شيئاً بغير أن يلتزم ذلك الآخر ببيعه تعريفه

٢٣٩ — ويرى من مقارنة هذا التعريف بتعريف الوعد بالبيع من جانب البائع انهما متقابلان . وغاية الأمر أنه بدل أن يكون الالتزام فى أحدهما من البائع كان هنا من المشترى . ولهذا كانت أحكامهما فى الحقيقة واحدة حكمه ومقارنته بالوعد من البائع

فكما ان المشترى فى الحالة السابقة كان مخيرًا فى الشراء وعدمه فالبائع هنا مخير فى البيع وعدمه اذ الملتزم فى الحقيقة جانب واحد وهو المشترى أما البائع فلا يلتزم بشىء . وعلى ذلك اذا لم يرد أن يبيع للمتعهد بالشراء جاز له أن يبيع لمن شاء بالثمن الذى يشاء بلا قيد . وانما له أن يجبر الواعد بالشراء على أن يشترى تنفيذاً لتعهده متى قبل هو البيع لأن الوعد يصبح حينئذٍ متبادلاً من الجانبين وكل وعد متبادل يعد بيعاً وتترتب عليه الأحكام السابق تفصيلها

وقبل قبول البائع البيع أو ابداء رغبته فى البيع لا يكون للمتعهد بالشراء أى حق عينى على العين المراد شراؤها

واذا حُدد للوعد بالشراء أجل معين سقط التعهد بانقضائه . فان كان الأجل غير معين رُجع للقضاء فى تحديده بحسب ظروف الأحوال – راجع ما ذكرناه تفصيلاً عن ذلك فى فصل الوعد من البائع

٢٤٠ — وهذا التعاقد يحصل كثيراً فى فرنسا بالنسبة للعقارات التى تباع بواسطة القضاء كبيع أموال القصر فان الأوصياء كثيرًا ما يبحثون عن مشتر يشترى العين المعروض بيعها بثمن معين حتى لا تباع بثمن بخس اذا تواطأ المزايدون أو قل راغبوا الشراء . فهذا التعهد بالشراء يكون وعداً ملزماً للمشترى وحده لان الوصى لايجوز له كيفية حصوله

أن يبيع مال القاصر بما أن القانون اشترط حصوله على يد القضاء(١)

ويترتب على وعد المشترى بالشراء أنهُ اذا لم تصل المزايدة الى القيمة التى التزم بها ورسا المزاد بأقل منها ألزم بالفرق للقاصر بصفة تعويض. أما اذا تجاوز المزاد القيمة فتخلو مسئوليته مما تعهد بهِ حتى ولو أبطل المزاد فيما بعد واعيدت اجراآته من جديد أو تأخر الراسى عليــه المزاد عن دفع الثمن و بيعت العين بالمزايدة على ذمته. وذلك لان التزامه قاصر على المرة الأولى التى التزم فيها وأوفى بالتزامه من حيث ابلاغ العين الى الثمن المتفق عليه

ولو كان التزامه لأجل معين فتجاوزت الاجراآت الأجل المضروب سقط التعهد بانقضائه ولو لم ينبه عليه رسمياً بذلك فان مضى المدة وحده مسقط لتعهده والا لكان ملزماً بأمر خارج عن حدود التعهد الا وهو اطالة امده — راجع بودرى المطول فقرة ٧٦ وما بعدها ص ٥٦ كتاب البيع

الفرع الرابع — فى العربون

تعريفه ٢٤١ — يطلق العربون(١) على المبلغ الذى يدفعهُ أحد المتعاقدين (وغالباً المشترى) للآخر عند الاتفاق على بيع او وعد بالبيع

الغرض منه ٢٤٢ — والغرض من دفع العربون إما الدلالة على انتهاء الاتفاق بين المتعاقدين على البيع وإما الدلالة على عدم الانتهاء وان لكل منهما خيار الرجوع فى الاتفاق ونقضه مقابل خسارة العربون

---

(١) يذهب الآن المجلس الحسبي العالى لتقرير مبدأ بيع أموال القصر طبقاً لنص أحكام قانون المرافعات ولكن المبدأ فى نظرنا لا يسلم من الاعتراض

(٢) جاء فى قاموس المصباح المنير: العربون هو أن يشترى الرجل شيئاً أو يستأجره ويعطى بعض الثمن أو الاجرة ثم يقول ان تم العقد احتسبناه والا فهو لك ولا آخذه منك — راجع كلمة عرب

والبيع بالعربون منهى عنه شرعاً بنص الحديث لما فيه من الشرط والغرر (حيث لا يعلم ان كان البيع يتم أو لا يتم) وأكل أموال الناس بالباطل وهو أخذ العربون بلا مقابل ولكن الظاهر أن هذا النهى قاصر على حالة ترك العربون اذا لم يتم العقد أما اذا تم البيع واحتسب العربون من الثمن فالبيع جائز (انظر شرح الزرقانى على صحيح الموطأ للامام مالك ج ٣ ص ٩٥)

٢٤٣ — فان كان الغرض من دفع العربون الدلالة على اتمام العقد احتسب المبلغ الذى دفعهُ المشترى من أصل الثمن لأنهُ فى العادة يدفعهُ بصفة جزء منهُ ضماناً لتنفيذ العقد

ودفع المبلغ فى هذه الحالة وبهذه الصفة مفيد من جهة الاثبات لأنهُ يعد شروعاً فى الوفاء والشروع فى الوفاء طريق من الطرق المجيزة للاثبات بالبينة أو بالقرائن اذا حصل نزاع بين الطرفين ولم توجد كتابة مثبتة للتعاقد — انظر مادة ٢٢١ أهلى و٢٨٦ مختلط وهلتون ص ٦٩ ج ٢ شرح القانون المدنى

٢٤٤ — واذا كان الغرض من دفع المبلغ الدلالة على أن الاتفاق لم يتم بين المتعاقدين كان العربون حينئذٍ وسيلة لنقض البيع وهذا هو المبدأ الذى قرره القانون الفرنساوى فى المادة ١٥٩٠ بالنسبة للوعد بالبيع واليك نصها :

« اذا حصل الوعد بالبيع مصحوباً بعربون فلكل من المتعاقدين الخيار فى نقضهِ
فمن دفع العربون خسره
ومن أخذه رد ضعفهُ »

٢٤٥ — فالعربون بحسب القانون الفرنساوى قرينة على ان للمتعاقدين خيار الرجوع فى الاتفاق ونقضه وقد اتخذت قيمتهُ أساساً لتقدير الجزاء الذى يستحق على ناقض العقد أى جعل مفعوله شبيهاً بالشرط الجزائى مبدأ القانون الفرنساوى وعلته

فاذا كان الذى نقض الاتفاق هو المشترى خسر العربون الذى دفعهُ جزاءً له وطاب للبائع تعويضاً عما عساه يلحقهُ من الضرر المترتب على نقض الاتفاق

وان كان الذى نقض البيع هو البائع لزمهُ رد ضعف العربون لأنهُ لو اقتصر إلزامه على رد مقدار العربون الذى كان أخذه فقط لما خسر شيئاً والعدل يقضى بالمساواة فى الخسران فأجبر على رد ضعفهِ ليكون الضعف مقابل التعويض الذى يستحق للطرف الأخير بسبب النقض

٢٤٦ — ويسمى شراح الافرنج المبلغ المدفوع بهذه الكيفية « عربوناً » جرياً فيما يسمى عربوناً

على تسميته القانونية فى مادة ١٥٩٠ فرنساوى

ويتخلص حكمه فى أنهُ جزآء لخيار النقض ودليل على جواز الرجوع فى العقد فلكل من المتعاقدين (البائع أو المشترى) أن يرجع فى البيع ولو لم يرض الآخر مقابل خسارة العربون

أما دفع المبلغ فى الحالة الأولى فيعد دليلاً على اتمام العقد بحيث لا يجوز الرجوع فى البيع ولو فى مقابل تركه الاَّ بتراضى الطرفين . ولذلك لا تسرى عليهِ أحكام المادة ١٥٩٠ فرنساوى ويكون من الخطأ تسميته عربوناً — بودرى المطول فقرة ٨٦

الفرق بين العربون والقسط من الثمن

٧٤٧ — لهذا تجب العناية والتدقيق فى التمييز بين الأمرين اذ الفرق بينهما كما ترى عظيم والأحكام المترتبة على كل منهما تختلف اختلافاً بيناً وكثيرًا ما يطلب من المحاكم الفصل فى مثل هذه المسائل خصوصاً عقب الأزمات المالية وهبوط أسعار الأملاك فانَّ المشترين يحاولون الرجوع فى بيعاتهم التى دفعوا عنها قسطاً واحداً ويطلبون فسخ العقود بدعوى أن ما دفعوه انما هو عربون مسوغ للنقض لا جزء من الثمن مانع منهُ . فالواجب على المحاكم التثبت والتروى فلا تقضى بالفسخ الاّ اذا ثبت لديها ما يسوغهُ قانوناً

وهاك بيان السبيل الذى ينبغى سلوكه لامكان التمييز بين الأمرين لأن القانون المصرى لم يتكلم على حكم العربون

فى الرجوع لقصد المتعاقدين

٧٤٨ — تقضى القواعد العامة بالرجوع أولاً لقصد المتعاقدين والعمل بهِ صريحاً كان أو ضمنياً .

فاذا كان قصد المتعاقدين ظاهراً فى الشروط المعقودة بينهما اتبع حكم ما اتفقا عليهِ

واذا لم يكن ظاهراً أو سكتا عن بيانهِ فسر القصد بحسب قواعد التفسير العامة فيبحث عن الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصداه بمراعاة ما يقتضيهِ نوع المشارطة والعرف الجارى مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيهِ أى يجوز اعطاؤه

حكم الشروع فى الوفاء ولو سمى عربوناً اذ العبرة بالمقاصد والمعانى والقصد كما يستفاد صراحة يستفاد دلالة

وهذا ما جرت عليه المحكمة المختلطة فى احكامها للتمييز بين المبلغ المدفوع بصفة عربون أو بصفة قسط من الثمن — راجع الاحكام المذكورة بعد فى فقرة ٢٥٥ وما يليها

في اعتبار القرائن والظروف

٢٤٩ — على ان للقاضى أن يستعين فى تأويله بقرائن الأحوال وظروف كل دعوى لاستنباط قصد المتعاقدين فقد يكون من المفيد أحياناً مقارنة قيمة العربون بأهمية العقد فان كان العربون تافهاً ولا يناسب تعويض الضرر الذى يلحق أحد الطرفين اذا نقض العقد كان المبلغ المدفوع أقرب لاعتباره دليلاً على اتمام العقد لاجزاء لخيار النقض — بودرى المطول فقرة ٨٥ كتاب البيع

فى الرجوع للعرف

٢٥٠ — كما ان العرف كثيراً ما يعين هذا القصد فيجب الرجوع اليه والأخذ بما يقضى به اذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً — (قارن مادة ١٣٨ و ٢٤٥ مدني أهلى — ١٩٩ و ٣١١ مختلط)

فإذا حصل شك فى معرفة قصد المتعاقدين وكان ترجيح أحد الأمرين متعسراً فنرى أنهُ يرجع الى العرف لا الى احكام القانون الفرنساوى كما رأى مسيو. جرانمولان[1] لان العادة محكمة . وعلى هذا يعتبر العربون دليلاً على اتمام الاتفاق خصوصاً وان هذا حكم العرف الغالب فى فرنسا — بودرى المطول فقرة ٨٥

فى مدة خيار النقض

٢٥١ — فى حالة جواز نقض البيع مقابل ترك العربون اذا حدد المتعاقدان ميعاداً لنقض البيع فلا يجوز لهما الرجوع الاّ فى خلاله فاذا انقضى سقط حقهما فى جواز النقض

٢٥٢ — أما اذا لم يحددا موعداً له فيدوم خيار النقض الى حين تنفيذ العقد فاذا نفذ كان نفاذه دليلاً على تركهما حقهما فى الرجوع وحينئذٍ يخصم المبلغ من الثمن ان كان المشترى هو الذى دفعه ويسترده البائع ان كان هو الذى دفعه

٢٥٣ — ولكن يجوز فى هذه الحالة وهى حالة عدم تحديد أجل للنقض أن

(١) كتاب العقود فقرة ١٧

يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً اما بتنفيذ الاتفاق أو ابداء رغبته فى نقضه مقابل خسارة العربون حتى لا يبقى التعاقد معلقاً الى أجل غير مسمى

فى عدم رد الضعف الا فى حالة العربون

٢٥٤ — واذا لم يتيسر تنفيذ العقد لسبب آخر غير سبب خيار النقض كهلاك المبيع بحادثة قهرية أو فسخ البيع بتراضى الطرفين فلا يلزم البائع برد ضعف العربون بل يرد مثله فقط. ومؤدى ذلك ان حكم المادة ١٥٩٠ فرنساوى قاصر على حالة نقض البيع من أحد الطرفين

٢٥٥ — احكام — اذا استعمل المتعاقدان لفظة « عربون » وكانت حقيقة الأمر أن يحسب ما دفعه المشترى مقدماً للبائع من أصل ثمن البضاعة المبيعة فان البائع الذى لم ينفذ التعاقد لا يكون مسئولاً فقط عن رد ما دفع له مقدماً وانما يلزم أيضاً بالتعويضات — استئناف مختلط ٢٢ فبراير سنة ١٨٧٧ س ٢ ص ٣٨٢ وبوريلى مادة ٣٠٠

٢٥٦ — واذا اشترط فى عقد بيع بضاعة بأنه « اذا تأخر المشترى عن سحب بضاعته فى الميعاد المتفق عليه يكون العربون المدفوع مستحقاً للبائع بغير حاجة لتنبيه رسمي» كان هذا الشرط محدداً لمقدار مايستحق من الجزاء على المشترى فى حالة عدم تنفيذ التعهد. وليس للبائع حينئذٍ أن يطالب — زيادة على ذلك — بالفرق بين الثمن المتفق عليه وبين سعر البضاعة يوم تسليمها — استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ٩٠٢ س ١٤ ص ٢٤٢ وفقرة ٤٤١٤ مجموعة ثانية

٢٥٧ — واذا اشترط فى عقد بيع بأنه فى «حالة التأخير عند حلول الميعاد لا يكون للمشترى حق فى المبلغ الذى دفعه بصفة عربون تحت خصمه من الثمن كما أنه اذا تأخر البائع فيكون ملزماً برد المبلغ المدفوع اليه ومبلغ آخر مثله بصفة تعويض» وجب أن يؤول هذا الشرط بمعنى تخويل المتعاقدين حق طلب الفسخ[1] مع تعويض

---

(١) أى بالتقاضى.

مقدر مقدماً لا بمعنى تخويلهما الحق فى نقضه من أنفسهما وبحسب اهوائهما —
« ١٧ ابريل سنة ١٩٠٢ س ١٤ ص ٢٥٤ فقرة ٤٤١٣ مجموعة ثانية »

٢٥٨ — لا ينطبق نص المادة ٤١٣ من القانون المدنى المختلط (٣٣٢ أهلى) القاضى بأنه « اذا لم يدفع المشترى ثمن المبيع في الميعاد المتفق عليه كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع و بين طلب الحكم بالزام المشترى بدفع الثمن » الاّ فى حالة عدم وجود اتفاق خاص بين المتعاقدين

فاذا اشترط المتعاقدان بأنه فى حالة عدم دفع باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه يكون الاتفاق باطلاً والعربون مستحقاً للبائع ثم تأخر المشترى عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المحدد بطل الاتفاق ولا يجوز للمشترى حينئذٍ أن يطلب تنفيذ العقد —
مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٦ س ١٧ ص ١٧٨ وفقرة ٤٤٨ مجموعة ثانية



الفصل الثالث

فى المبيع

قوانين مصرية

مادة ٢٥٩ أهلى — لا ينعقد البيع فيما لا يجوز التبايع فيه ولا فيما لا قيمة له يمكن تقديرها ولا فيما لا يمكن تسليمه بحسب طبعه — تطابق ٣٢٦ مختلط

مادة ٢٦٠ أهلى — يجوز أن يكون المبيع عيناً معينة أو حقاً شائعاً أو محدداً فى العين المعينة ويجوز أيضاً أن يكون شيئاً معيناً بالنوع فقط — تطابق ٣٢٧ مختلط

مادة ٢٦١ أهلى — اذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط لا يكون البيع معتبرًا الاَّ اذا كان التعيين يطلق على أشياء يقوم أحدها مقام الآخر وكان المبيع معرفاً بالوجه الكافى عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضاء المتعاقدين المبنى عليه صحيحاً — تطابق ٣٢٨ مختلط

مادة ٢٦٢ أهلى — ويجوز أن يكون المبيع ديناً على انسان أو مجرد حق — تطابق ٣٢٩ مختلط

شريعة اسلامية

مادة ٢٨٨ مرشد الحيران — يجوز بيع كل ما كان مالاً متقوماً مملوكاً فى نفسه مقدور التسلم . راجع أيضاً ٢٧٢ مرشد و ١٩٧ و ١٩٩ مجلة

مادة ٢٩٥ — مرشد الحيران — يصح بيع حصة مشاعة معلومة من عقار قبل فرزها

مادة ٢٩١ منه — بيع أحد الشريكين حصة مشاعة فى بناء أو شجر قائم فى أرض محتكرة جائز للشريك وللاجنبى

مادة ٢٩٧ منه — ما يترتب على بيعه مشاعا ضرر للبائع أو للشريك فلا يصح بيعه مشاعاً فمن كان له أرض وله فيها زرع فلا يصح بيع الزرع قبل ادراكه بدون الارض لكن اذا لم يفسخ العقد حتى ادرك الزرع انقلب العقد جائزاً

ولا يجوز للشريك ان يبيع حصته مشاعة من الزرع قبل ادراكه ومن الثمر قبل بدو صلاحه ومن الشجر قبل بلوغ أوان قطعه من دون بيع الارض ويجوز ذلك للشريك

فان لم يفسخ العقد حتى استوى الثمر وادرك الزرع وبلغ الشجر انقلب البيع صحيحاً

مادة ٢٩٨ منه — ما أمن ضرره للبائع والشريك يجوز بيعه مشاعا فيصح بيع الثمر بعد نضجه والزرع بعد ادراكه والشجر بعد بلوغ أوان قطعه بدون الارض سواء بيع ذلك للشريك أو للاجنبى

قانون فرنساوى

مادة ١٥٩٨ — يجوز بيع كل ما يدخل فى التجارة ما لم يكن منهياً عن بيعه بمقتضى قوانين خاصة

عموميات

ماهية المبيع

٢٥٩ — المبيع هو الركن الثانى من أركان الانعقاد فى البيع وهو المقصود الاصلى منه لأن الانتفاع إنما يكون بالأعيان والأثمان وسيلة لها . ويسمى أيضاً محل البيع[1]

٢٦٠ — فلا بيع بلا مبيع يرضى البائع أن يبيعه ويقبل المشترى أن يشتريه لأن البيع كسائر التعهدات لا بدَّ لصحة انعقاده من توفر محله أو الغرض منه كما يعبر القانون[2] — راجع فيما تقدم فقرة ٧٦

٢٦١ — فالمبيع بهذه المثابة عظيم الأهمية لأن على وجوده يتوقف انعقاد البيع فاذا انعدم المبيع أو لم يجز بيعه انهدم الانعقاد لهذا يجب علينا بيان الاشياء التي تصلح أن تكون محلاً للبيع والتى لا تصلح

فيما يصلح ان يكون محلا للبيع

٢٦٢ — والأصل ان كل ما صح امتلاكه جاز بيعه بصرف النظر عن نوعه وصفته وطبيعته

فيجوز أن يكون المبيع حق ملكية تامة أو حقاً من الحقوق المتفرعة عنها كحق ارتفاق أو انتفاع كما يجوز أن يكون منقولاً أو عقاراً . معيناً بالذات أو معيناً بالنوع . مثلياً أو قيمياً . عيناً أو ديناً . حقاً شائعاً أو محدداً فى عين معينة . حقاً ثابتاً أو متنازعاً فيه . مادياً أو معنوياً (مجرد حق) . مملوكاً للبائع وقت البيع أو محتمل التملك عند التسليم (كقطن قبل جَنْيِه وقمح قبل خصاده وثياب قبل صنعها) — انظر مواد ٢٦٠ و ٢٦٢ اهلى (٣٢٧ و ٣٢٩ مختلط)

٢٦٣ — فكل هذه الاشياء تصلح أن تكون محلاً للبيع. والتبايع بها جائز ولا قيد لذلك الاَّ ما حرمه القانون فى المواد ٢٥٩ و ٢٦٣ و ٢٦٤ أهلى (٣٢٧ و ٣٣٢ و ٣٣٣ مختلط) على ما سيأتى شرحه

---

(١) انظر مادة ١٥٠ من مجلة الأحكام العدلية

(٢) هذه تسمية القانون فى مادة ٩٥ مدنى أهلى لكلمة " *objet* " الفرنسية ولكنا نفضل التسمية الفقهية وهى « محل »

٢٦٤ — يرى مما تقدم ان القانون جرى على مبدأ حرية التعاقد فأطلق للمتعاقدين الحرية التامة فى بيع وشراء كل ما يتفقان على التبايع به ما دام مملوكاً للبائع وذلك هو المبدأ العام . تقضى به حرية الاتفاقات وسرعة التداول فى المعاملات . لذلك لا يعني واضعو القوانين بذكر الاشياء المباحة فى قوانينهم اكتفاء بذكر ما حرم منها فكل ما ليس بمحظور مباح

حكم تعدد بعض الاشياء المبيعة فى القانون

٢٦٥ — ولكننا نرى الشارع المصرى خالف سنة باقى الشرائع ونص فى قانونه (مواد ٢٦٠ و ٢٦٢ أهلى و ٣٢٧ و ٣٢٩ مختلط) على صلاحية بعض الاشياء لأن تكون محلاً للبيع مع أنها لم ترد بالقانون الفرنساوى فما هى حكمة ذلك؟

أما الحكمة فظاهرة من مقارنة هذه المواد بأحكام الشريعة الاسلامية المقابلة لها فان الشريعة لم تطلق البيع فى هذه الأحوال وانما جعلت مناط صحة البيع وفساده فيها حصول الضرر . فاذا ترتب على البيع ضرر توقف نفاذه على اذن المتضرّر مثال ذلك بيع حصة مشتركة فى بناء أو غراس لأجنبى فالبيع لايجوز بغير اذن الشريك لأن الشريك قد يتضرر بالهدم أو القلع إذا طالبه المشترى بهدم حصته فى البناء أو قلع الغراس

فاذا انتفى الضرر بأن كان البناء أو الغراس فى أرض محتكرة جاز البيع لأنهُ لا مطالب للشريك بالهدم أو القلع — ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٢ والمادة ٢٩١ مرشد الحيران

كذلك لا يجوز للشريك أن يبيع لأجنبى حصته المشاعة من الزرع قبل ادراكه ومن الثمر قبل بدو صلاحه ومن الشجر قبل بلوغ أوان قطعه ولكن يجوز ذلك للشريك وعلة ذلك أنهُ يخشى فى حالة البيع لأجنبى أن يطلب المشترى اجبار الشريك على قلع الزرع قبل ادراكه فيتضرر من ذلك

فاذا أُمن الضرر بأن كان الثمر نضج والشجر بلغ أوان قطعه والزرع بلغ أوان ادراكه جاز البيع للأجنبى كما يجوز للشريك — ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٢ والمادتان ٢٩٦ و ٢٩٧ مرشد الحيران

على أن الرأى الذى تقدم فيما يتعلق ببيع الحصة المشاعة من الزرع أو الثمر قبل ادراكه للأجنبى ليس متفقاً عليه فقد قال بعضهم يجوز ذلك باذن الشريك كما قال آخرون لا يجوز ولو بإذنه ورضائه — ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٤ .

فترى من هذا أن الفقهاء قيدوا البيع فى هذه المسائل واختلفت آراؤهم بشأنها كما اختلفت فيما يتعلق ببيع الدين فقال بعضهم إنهُ يجوز لمن عليهِ الدين ولايجوز للأجنبى وقال بعضهم لايجوز ولو لمن عليه الدين . وفيمايتعلق ببيع الحقوق المجردة فقد قال بعضهم إنها لا تحتمل التمليك والاعتياض فيها باطل الاَّ اذا فوّت حقاً مؤكداً . وهكذا تجد كثيراً من الآراء الخلافية فى هذا الصدد ولا ضرورة لسردها هنا اكتفاء بما تقدم للدلالة على أن الشارع المصرى أراد الاطلاق ورفع الخلاف فنص صراحة على جواز بيع هذه الأشياء دفعاً للشك وحتى لا يشتبه الأمر على الناس فى الأخذ بالقواعد العامة التى أبناها

٢٦٦ — لما كان البيع لا يخرج عن كونهِ تعهداً وجب أن تتوفر فيه جميع الاحكام العامة الواردة فى باب التعهدات وهى التى بينتها المادة ٩٥ أهلى (١٤٩ مختلط) وهذا نصها « يجب أن يكون الغرض من التعهد (أى محله) فعلاً ممكناً جائزاً والاَّ كان التعهد باطلاً . فان كان الغرض منهُ اعطاء شيء وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيهِ ولزم تعيينه ولو بالنوع وأن يكون صنفه معيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال » شروط المبيع

فمن الواجب توفر هذه الشروط فى البيع لصحته كما يجب مراعاة الأحكام الخاصة بهِ وهى الواردة فى مادة ٢٥٩ اهلى (٣٢٦ مختلط)

٢٦٧— ويستخلص من ذلك أنهُ يقتضى لصحة انعقاد البيع توفر الشروط الستة الآتية فى المبيع :

الشرط الأول — أن يكون المبيع موجوداً أو محتمل الوجود

الشرط الثانى — أن يكون مما يجوز التبايع فيهِ

الشرط الثالث — أن يكون متقوّماً

الشرط الرابع — أن يكون مقدور التسليم بحسب طبعه

الشرط الخامس — أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين

الشرط السادس — أن يكون مملوكاً للبائع وقت البيع أو عند التسليم

فلنشرح هذه الشروط على التعاقب

الفرع الأول — فى اشتراط وجود المبيع

علة اشتراط وجود المبيع أو احتمال وجوده

٢٦٨ — يشترط لجواز التبايع فى شىء أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود فان كان معدوماً من الأصل أو انعدم بعد وجوده فلا ينعقد البيع لأن المعدوم اصالة أو المنعدم لا يصلح أن يكون محلاً للبيع

وعلة ذلك أن الشىء الممكن حصوله في الاستقبال وان لم يكن موجوداً وقت التعاقد لكنه ليس بمعدوم اصالة فيحتمل توقعه وترجي المنفعة منه كما يمكن تقدير ما يعود منها . أما المستحيل أو المنعدم فشىء وهمى لا حقيقة له ولن يتأتى تحققه

٢٦٩ — يستخلص من ذلك :

أولاً — أن بيع مالا يوجد وقت التعاقد صحيح اذا كان وجوده ممكناً فى الاستقبال

ثانياً — أن بيع ما كان موجوداً ثم زال باطل وبالأولى يبطل بيع ما لم يكن له وجود فى الماضى ولن يوجد فى الحال أو الاستقبال

فى الوجود القانونى

٢٧٠ — والمراد بوجود المبيع ليس وجوده الحقيقى فقط بل وجوده القانونى أيضاً لأن الشىء اذا فقد وجوده القانونى فلا يصلح كذلك أن يكون محلاً للبيع مثال ذلك بيع حق فى براءة أو فى ترخيص أصبح لا قيمة له قانوناً — بودان كتاب البيع فقرة ٨٧

المبحث الأول — فى بيع الأشياء المحتملة الوجود

صحتها قانونا

٢٧١ — لم ينص القانون المصرى صراحة على جواز بيع الأشياء المحتملة الوجود

فى الاستقبال كما صرح القانون الفرنساوى فى المادة ١١٣٠ منه حيث قال « يجوز أن تكون الأشياء المستقبلة محلاً للتعهد » ولكن حكمها مستفاد دلالة من نص المادة ٩٥ أهلى التى تشترط أن يكون الغرض من التعهد (محله) فعلاً ممكناً كما يستفاد بطريق العكس من نص المادة ٢٦٣ أهلى (٣٣٢ مختلط) التى حرمت بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة والمادة ٣٣٠ مختلط التى ابطلت بيع الثمار التى لم تنعقد والزرع الذى ينبت . فهذه الاستثناءات تفيد ان ما عداها مباح ٠

٢٧٢ — وهذا مذهب القضاء المصرى فقد حكم بأن « بيع ما لا وجود له وقت التعاقد جائز فى مذهب القانون الجديد اذا كان محتمل الوجود فيما بعد وكذلك التعاقد على أشياء مستقبلة الوجود كالصيد الذى يقع غداً فى شبكة الصياد

وقد ورد ذكر ذلك فى شرح داللوز على المادة ١١٣٠ فرنساوى اذ ذكر بالعبارة الخامسة منه صراحة انه يجوز للحكومة أن تبيع ما ستملكه من طمى البحر الملح باعتبار أنه اذا ظهر فلا مالك له غيرها وقياساً على ذلك فبيع ما يحتمل ظهوره من الأرض اليابسة بسبب جريان النيل المعروف بالطمى وطرح البحر هو بيع صحيح بموجب لائحة الاطيان السعيدية المؤرخة سنة ١٢٧٤هجرية والأوامر الصادرة بشأن ملكية الجزائر

وللحكومة أن تتصرف فيما يظهر من الزيادة فى الاراضى باعطائها لأرباب الاطيان التى حصل فيها عجز . وعليه فصاحب الطين فى الجزائر اذا حصل فى أرضه عجز بسبب أكل البحر يستطيع أن يبيع طينه وحقه فى الزيادة المحتمل حصولها بسبب طرح البحر . ويكون بيعه صحيحاً » — استئناف محكمة تنا ١٣ فبراير سنة ١٩٠٠ محاكم س ١٢ ص ٢٤٤٨ وجلاد مادة ٢٥٩

٢٧٣ — وعلى هذا يصح بيع الأشياء المستقبلة متى كان وجودها ممكناً فيجوز للانسان أن يبيع محصول زراعة قمحه أو قطنه فى السنة المقبلة وذلك لأنه كما يجوز أن لا يزرع الزرع او يتلف بآفة سماوية يجوز أيضاً حصوله وسلامته من الآفات وهذا الاحتمال كاف لأن يجعل للبيع محلاً يضاف اليه

٢٧٤ — أما اذا حصل البيع بعد تلف الزرع فعلاً بآفة سماوية أو كان المبيع

مستحيل الوجود فى المستقبل فلا ينعقد لفوات محله وبذلك تنطبق عليه القاعدة الثانية المذكورة فى فقرة ٢٦٩ السابقة — بلانيول ج ٢ فقرة ١٠٠٨

كيفية حصولها

٢٧٥ — وبيع الاشياء المستقبلة كثير الحصول فى المعاملات التجارية فكثيراً ما يُطلب الشيء من صانع فيتعهد بعمله وبتسليمه فى زمن معين مع أنه لا يملك وقتئذٍ المواد الأولية اللازمة لصناعته فيستحضرها بعد امضاء التعهد ويصنعها ثم يسلمها فى الأجل المحدد كما أنه جرى العمل على بيع الزرع قبل ادراكه وأحياناً قبل نباته فيباع القطن قبل جنيه والقمح قبل حصاده أو يباع محصول القصب أو القطن المقبل وهكذا

فكل هذه بيوع صحيحة جائزة قانوناً لان وجودها محتمل

فى تقدير اثمانها

٢٧٦ — وبيع هذه الاشياء يجوز حصوله بثمن مقدر جملة واحدة أو بحسب وحدته كما يجوز بمتوسط السعر الجارى عند التسليم

٢٧٧ — فاذا حصل البيع بثمن مقدر بحسب الآحاد أى بحسب كل أردب من القمح أو قنطار من القطن فلا يدفع المشترى من الثمن الاّ بقدر ما يستلم من المحصول ولكن لا يجوز له أن ينازع فى الثمن المتفق عليه اذا رخص السعر

٢٧٨ — أما اذا بيع الشيء المستقبل بثمن مسمى جملة واحدة فيجوز فيه اشتراط دفع الثمن مهما أصاب الزرع أى مهما كانت العاقبة أصاب الزرع آفات سماوية أو سلم منها وحينئذٍ يستحق الثمن ولو تلف الزرع برمته

بيع الغرر والبيع المعلق على شرط فى الاشياء المستقبلة

٢٧٩ — وذلك لان بيع الاشياء المستقبلة يكون بحسب قصد المتعاقدين إما بيع غرر[1] وإما بيعاً معلقاً على شرط وجود الشيء أو صنعه[2]

٢٨٠ — فان كان البيع بيع غرر كان المبيع عبارة عن مجرد الأمل فى وجود الشيء وتوقع الحصول عليه ولكن ليس هو الشيء المستقبل نفسه ولذلك يسمى أيضاً بيع الأمل أو بيع الحظ

---

(١) *Vente aléatoire*

(٢) انظر جرانمولان كتاب العقود فقرة ٢٠ ودوهلس فقرة ٦٧ بيع ج ٤

مثال ذلك أن يبيع انسان محصول زراعته القائمة في أرضهِ أثمر الزرع أو لم يثمر أو يبيع الصياد ضربة شبكته فقد يقع فيها صيد أو لا يقع

٢٨١ — أما البيع المعلق على شرط الوجود فالمبيع فيه هو الشيء المستقبل نفسه فان تم الشرط بأن وجد الشيء أو صنع المبيع انعقد البيع والاَّ كان باطلاً

٢٨٢ — ولهذا يختلف حكم كل منهما اختلافاً بيناً عن الآخر :

فبيع الغرر ينعقد منجزاً والثمن فيهِ يستحق ويجب على المشتري اداؤه مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد . تلف بعضه أو تلف كله — باندكت فقرة ٥٧٥ بيع ج ٥٩ وبودان كتاب البيع فقرة ٨٨

أما البيع المعلق على وجود المحصول في المستقبل أو على صنع الشيء فيعتبر بيعاً معلقاً على شرط والشرط هو أن يثمر الزرع ويأتي بغلة أو يصنع الشيء . وعلى ذلك لا ينعقد الاَّ اذا تحقق ذلك

٢٨٣ — ففيما يتعلق ببيع الغرر حكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأنهُ يجب دفع ثمن الالتزام (الموضوع التزام حق العبور من معدية) ولو مع تحقق عدم انتفاع الملتزم لأن الالتزام عبارة عن بيع أمل الحصول على شيء فى المستقبل فهو من عقود البيع الموكول أمر نجاحها الى الصدفة

وعلى هذا لا حق للملتزم المعدية فى امتناعه من دفع ثمن الالتزام متعللاً بأنهُ تعطل عن عمله فى زمن الثورة العرابيــة لعدم وجود من يعديه وبذلك لم يتحصل على المربوط عليهِ خصوصاً اذا قيل فى نفس عقده وان حصل عجز فى المربوط فنكون ملزمين بهِ — استئناف ٢٨ نوفبر سنة ٩٥ القضاء س ٢

٢٨٤ — وحكمت المحكمة المختلطة بأنهُ فى حالة بيع ثمرة لم تنعقد من زرع يتعهده البائع يجب على المشترى أن يدفع الثمن المتفق عليهِ بمجرَّد ظهور بعض المحصول فالقاعدة ان الثمن المتفق عليهِ يستحق الأداء ولو لم يأتِ الزرع بثمر ما اذا تبين جلياً من نص الاتفاق وظروف الأحوال وخصوصاً من بخس الثمن ان العقد وارد على

شيء احتمالي — مختلط ٤ فبراير سنة ١٩٠٤ س ١٦ ص ٣٠ فقرة ٤٣٢٧ مجموعة ثانية

٢٨٥ — وفيما يتعلق بالبيع المعلق على شرط حكم بأنه فى حالة بيع الشيء المستقبل الغير المحقق يتعلق انعقاد البيع على وجود المبيع فاذا لم يوجد كان البيع باطلاً بطلاناً أصلياً لفقد أحد أركانه حتى ولو كان المشترى قد اشترط فى العقد شرطاً جزائياً على البائع فى حالة عدم الوفاء فان هذا الشرط الجزائى لا يصحح عقداً فات محله بل يلحقه البطلان ببطلان العقد — باندكت فقرة ٥٧٨ بيع ج ٥٩

٢٨٦ — وفى هذه الحالة يرد الثمن المدفوع لأن البيع لم يكن معلقاً على مجرد الأمل

فإذا بيعت أسهم ستصدرها شركة مساهمة لزيادة رأس مالها كان البيع عبارة عن بيع شيء مستقبل معلق على شرط موقف لايجاد البيع وهو اصدار تلك الأسهم فاذا لم تسلم الأسهم لصدور حكم ببطلان هذه العمليات وجب رد الثمن المدفوع لأن دفعه يكون بلا سبب (مقصد شرعى)[1] — باندكت فقرة ٥٧٩ بيع ج ٥٩

٢٨٧ — على ان التفريق بين ما اذا كان البيع بيع غرر أو بيعاً معلقاً على وجود الشيء يكون أحياناً صعب التمييز فاذا بيعت أسهم شركة لا تزال فى حيز المشروع أى لم تؤسس أو أسست ولكنها لم تكون قانوناً فان بيع الأسهم قد يعتبر صحيحاً اذا تبين أن الغرض كان بيع مجرد الأمل فى الحصول عليها وحينئذٍ يجب دفع ثمن السهام المشتراة ولو أخفق المشروع ولم تؤسس الشركة . أما اذا تبين ان الغرض هو تعليق البيع على صدور الأسهم ولم ينجح تأليف الشركة فالبيع يبطل لفوات محله ويرد ما كان دفع من الثمن

ولذلك كان التفريق بين الأمرين من المسائل التى يترك تقديرها للقضاء

في ترجيح احدهما عند الاشتباه

٢٨٨ — وقد حكم بأنهُ اذا قامت الشبهة فى معرفة العقد أعقد غرر هو أم عقد معلق على شرط كان الأرجح اعتباره معلقاً على شرط لتغلب نية أخذ مقابل الثمن

---

(١) *Cause*

الذى يدفعه المشترى على نية دفعه ثمناً بلا أخذ مقابل (وهو المبيع) فلا بد من ظهور نية المتعاقدين ظهوراً صريحاً لاعتبار العقد عقد غرر — باندكت فقرة ٥٧٧ ج ٥٩

٢٨٩ — وكما يبطل البيع اذا كان معلقاً وجوده على شرط فلم يقع يبطل كذلك اذا حدث أمر مانع لوجود المبيع قانوناً من زمن ماض على تاريخ التعاقد لأن المبيع يعتبر حينئذٍ أنه لم يكن صالحاً لأن يكون محلاً للبيع

مثال ذلك بيع أسهم شركة حكم ببطلانها فان بطلان الشركة يستوجب بطلان بيع اسهمها إذ لا يتأتى وجود سهام بغير وجود للشركة وما دامت السهام غير موجودة فتفقد قيمتها القانونية ولا تصلح أن تكون محلاً للبيع

ويلاحظ أنهُ فى مثل هذه الحالة تخلو كذلك مسئولية السماسرة الذين يكونون تبايعوا بهذه الأسهم فلا يطالبون بفرق الأثمان التى كانت تستحق عليهم

٢٩٠ — على ان القضاء فى فرنسا غير ثابت فى مسألة استتباع بطلان الأسهم لبطلان الشركة فقد فرقت محكمة النقض فى حكم لها فى هذا الصدد بين حالة ما اذا كانت الأسباب التى بنى عليها بطلان الشركة تستفاد أو لا تستفاد من السندات. فان كان الأول بطل بيعها والاَّ فلا — بودان كتاب البيع ص ٥٦

٢٩١ — كذلك يطرأ مثل هذا البحث بمناسبة بيع حق فى برأة صدر أمر بابطالها وبيع حق حكم بفسخه أو بيع علق على رضاء المصلحة ذات الشأن فلم ترض فان البيع لا يتم الا برضاء المصلحة أى يكون بيعاً معلقاً على شرط موقف وهو رضاء المصلحة المذكورة فاذا لم ترض بطل البيع .

٢٩٢ — ولمشترى الشيء المستقبل أن يتنازل عنه للغير اذا لم يشترط خلاف ذلك — باندكت فقرة ٥٨٠ بيع ج ٥٩

استثناءآت فيما لا يجوز بيعه من الاشياء المستقبلة

٢٩٣ — وقد استثنى القانون من بيع الاشياء المستقبلة بيع الحقوق فى تركة انسان على قيد الحياة فابطل هذه البيوع فى مادة ٢٦٣ أهلى (٣٣٢ مختلط) وهذا النص منقول عن القانون الفرنساوى الذى جرى على منهج القانون الرومانى فى ابطالهـــا

لاعتبارها منافية للآداب وحسن الاخلاق فان المتعاقدين يضار بان على موت قريب لهما ويتمنيان موته وربما جرّ ذلك لارتكاب الآثام تعجيلاً على حياته ومن استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه

٢٩٤ — والقانون المختلط يمنع أيضاً بيع ثمار الشجر قبل انعقادها وبيع الزرع قبل نباته (مادة ٣٣٠ مختلط) جرياً على قواعد الشريعة الاسلامية — انظر فيما يلى فقرة ٣٠٠

ولكنه جعل بيع الثمر المنعقد والزرع النابت يشمل الثمار التى تنعقد والزرع الذى ينبت بعد البيع (مادة ٣٣١ مختلط)

وعلة هذا المنع انه ربما لا يتيسر اتفاق المتعاقدين على تقدير الثمن تقديراً صحيحاً وقت التعاقد

٢٩٥ — غير أنه لما كان من العادة بمصر أن يبيع الزراع زرعهم قبل نباته وبالأخص القطن بينما يكون قائماً وأحياناً قبل أن ينبت شجره قيدت الاحكام الصادرة من المحاكم المختلطة مضمون المادة ٣٣٠ بالرغم من اطلاقها

٢٩٦ — فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن هذا البيع لا يتناول التعهد الصادر من مزارع بأنه يسلم محصولاً فى زمن استوائه بثمن مسمى بحسب آحاده أى بنسبة الكيل أو الوزن وبسعر السوق يوم التسليم فان البائع فى هذه الحالة لا يتعهد الاّ بتسليم المحصول الذى ينتج له وما يبقى مجهولاً لحين التسليم هو المقدار الذى يسلم وكمية الثمن التى يستلمها المشترى وذلك حاصل فى بيع الاشياء التى تشترى بالعدد أو الكيل — ١٥ فبراير سنة ١٩٠٠ س ١٣ ص ١١٧

٢٩٧ — وبأن المقصود من المادة ٣٣٠ م هو بيع الزرع الذى لم ينبت جزافاً بثمن مقدر جملة واحدة وليس بيع القدر المعين ثمنه بالآحاد كأن عين لكل قنطار ثمن « ٢١ ديسمبر سنة ٩١٠ س ٢٣ »

٢٩٨ — وبأن البطلان المنصوص عليه فى المادة نسبى لا يتمسك به غير البائع « الاستئناف المختلط ٤ فبراير سنة ٩٠٤ س ١٦ ص ١٣١ فقرة ٤٣٤٨ مجموعة ثانية »

٢٩٩ — ومما لا خفاء فيه إنه لا محل لهذه التأويلات فى القانون الاهلى فكل هذه البيوع جائزة لانه لم يحرمها نص

حكم بيع الاشياء المستقبلة فى الشريعة

٣٠٠ — أما فى الشريعة الاسلامية فبيع الاشياء المستقبلة باطل على كل حال لانه بيع معدوم فلا يصح بيع ثمرة لم تبرز اصلاً (٢٠٥ مجلة) وذلك لأنها تقضى بأن يكون المعقود عليه موجوداً فان كان معدوماً فالبيع لا ينعقد

غير ان ما تتلاحق افراده يعنى ما لا يبرز دفعة واحدة بل شيئاً بعد شيء كالفواكه والازهار والخضراوات اذا كان برز بعضها فيصح بيع ما سيبرز تبعاً لما برز بصفقة واحدة (مادة٢٠٧مجلة) . وذلك للضرورة لان ظهور محصولاتها دفعة واحدة غير ممكن وقد اصطلح الناس فى التعامل على بيعها دفعة واحدة . فجعل بيع الموجود أصلاً والمعدوم تبعاً له — مادة ٢٨٤ مرشد الحيران وابن عابدين ج ٤ ص ١٣

وذكر الفقهاء فى هذا الصدد أن مما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة الاشياء التى تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هى العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها ثم يحصل شراؤها بعد ما انعدمت فان بيعها صحيح وعلى ذلك يكون كل ما يستجره الانسان من البياع ثم يحاسبه على ثمنه بعد استهلاكه جائز استحساناً — ابن عابدين ج ٤ ص ١٣

وهذه صورة لبيع المنعدم وترى أن البيع فى هذه الحالة جائز قانوناً والثمن يقدر بحسب السعر الجارى ففى الغالب يكون هذا قصد المتعاقدين وهو مع ذلك العرف الجارى والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ولا مانع من الرجوع للعرف قانوناً

ومما استثنى أيضاً من بيع المعدوم بيع السلم فقد أجازوه دفعاً للحرج

والسلم هو شراء مثمن آجل وهو المسلم فيه بثمن عاجل وهو رأس المال وحكمه ثبوت الملك للمسلم اليه فى الثمن عاجلاً ولرب السلم فى المسلم فيه آجلاً — مادة ٢٤٣ و ٤٤٤ مرشد الحيران

المبحث الثانى — فى بيع المعدوم أو المنعدم

بطلانه قانونا ٣٠١ — أما بيع ما كان موجوداً فزال أو ما لا وجود له مطلقاً فباطل وقد نصت المادة ١٦٠١ فرنساوى صراحة على ذلك وهذا نصها : « اذا كان المبيع قد هلك بأكمله وقت التعاقد فبيعه باطل »

وبهذا تقضى الشريعة الاسلامية أيضاً فهى تشترط لصحة أى عقد من عقود المعاوضات أن يكون المحل الوارد عليه العقد موجوداً فلو كان معدوماً فلا يصح العقد لأن إمكان التسليم شرط من شروطه والمعدوم لا يمكن تسليمه. (شرح مرشد الحيران ص ١٨٧) . وقد جاء فى كتاب مذكرات المعاملات (ص ٤٤) بأن الايجاب يبطل بهلاك المبيع فيستفاد من ذلك أن هلاك المبيع وقت البيع باطل والواقع أن لا خلاف فى ذلك لأن البيع فى الشريعة الاسلامية يبطل حتى بهلاك المبيع بعد التعاقد ما دام يهلك قبل القبض — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧ ومادة ٣٦٦ مرشد الحيران

٣٠٢ — ولا نزاع بعد هذا فى أن هلاك المبيع وقت التعاقد يجعل البيع باطلاً بحسب القانون المصرى وان لم يوجد نص صريح فيه لأنه فضلاً عن أن مصادره تقضى بذلك فهذا الحكم مستفاد دلالة من باقى أحكام القانون اذ أن محل التعاقد يجب أن يكون فعلاً ممكناً (مادة ٩٥) والمنعــدم لا يمكن ايجاده فإذا هلك المبيع وقت التعاقد فقد البيع أحد أركانه وكان مستحيلاً من جهة أخرى تسليمه بحسب طبعه وذلك شرط ضرورى لانعقاد البيع (مادة ٢٥٩ أهلى)

قيمته ٣٠٣ — وعلى ذلك لا ينعقد البيع اذا تبين أن المعقود عليه قد انعدم قبل التعاقد لأن البيع يكون بلا مبيع . يستوى فى ذلك علم المتعاقدين بهلاكه أو جهلهما به لأن العبرة بتكوين العقد تكويناً حقيقياً لا تكويناً صورياً

فاذا جهل انسان أن حيواناً له مات وباعه فلا ينعقد البيع ولا يترتب عليه إلزام المشترى بدفع الثمن واذا كان دفعه وجب على البائع رده اليه لأنهُ أخذه بغير سبب

قانونى (مقصد شرعى) ومن الواجب لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً (مادة ٩٤ مدنى) — راجع باندكت فقرة ٥٥٥ بيع

كذلك اذا باع شخص حق انتفاع له فتبين أن مدته كانت انقضت قبل تاريخ التعاقد بطل البيع وهكذا

وقت حصول الهلاك

٣٠٤ — والمقصود بهذا الحكم هو الهلاك الذى يحصل قبل أو وقت التعاقد لأنه مفوّت لمحل البيع

أما اذا حصل الهلاك بعد البيع كان حكمه مخالفاً لذلك إذ لا تأثير له فى القانون الفرنساوى على عقـد البيع حيث الضمان دائماً على المشترى

وبحسب القانون المصرى يكون البيع منعقداً وانما يجوز فسخه بحسب الأحوال المنصوص عليهـا فى القانون (مادة ٢٩٧ أهلى و ٣٧١ مختلط) وسيجئ تفصيل ذلك فى موضعه

والهلاك اما أن يتناول المبيع كله أو بعضه

هلاك الكل

٣٠٥ — فان كان الذى هلك هو المبيع كله فالأمر ظاهر وهو عدم انعقاد البيع لفوات محله أى لفقد المبيع وهو أحد أركان الانعقاد

هلاك البعض

٣٠٦ — أما اذا كان الذى هلك هو بعض المبيع فالقانون الفرنساوى ينصّ فى المادة ١٦٠١ فقرة ثانية بأن يكون المشترى مخيرًا بين ترك البيع أو أخذ الباقى بحصته من الثمن . وهو حكم عادل لا نرى اعتراضاً على الأخذ بهِ خصوصاً وانهُ غير مخالف لما نص عليه الفقهاء فى حالة هلاك بعض المبيع قبل قبضه فقد قرروا بأنه فى هذه الحالة يسقط من الثمن قدر النقص سواء كان نقصان قدر أو وصف ويخير المشترى بين الفسخ والامضاء — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٧

كما أنهُ يتمشى مع فكرة الشارع التى أبداها فى المـادتين ٢٩١ و٢٩٢ أهلى (٣٦٤ — ٣٦٦ مختلط) بخصوص وجود نقص فى المقدار المبيع عند التسليم وجواز فسخ البيع أو ابقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً

٣٠٧ — ويلاحظ أن البيع فى حالة هلاك بعض المبيع لا يعتبر باطلاً كحالة هلاك المبيع برمته لأن هلاك البعض لا يجعل البيع خالياً من المعقود عليه غير أنه لما لم يكن كل الشيء الذى قصده المشترى وقت التعاقد وجب أن يترك له السبيل لرفع مايلحقه من الضرر الذى ينشأ عن ذلك بأن يختار بين ترك البيع أو أخذ الباقى بحصته ولم يُجعل البيع صحيحاً فى الجزء الذى لم يهلك مفسوخاً فى الجزء الذى هلك خشية أن يصيب المشترى ضرر من ذلك لأنهُ ربما يكون المقصود بالشراء ما ينجم من المنفعة عن الجزء الهالك ولذلك جعل له الخيار فى ترك الصفقة بأكملها حينئذٍ

أما اذا رأى ان له صالحاً فى أخذ الجزء الباقى أخذه بحصته من الثمن أى بنسبة العين بأكملها فيقسم الثمن المتفق عليه بين الجزء الهالك وبين الجزء الباقى حيث يبقى الاتفاق قانون المتعاقدين

٣٠٨ — انما يلاحظ فى حالة ما اذا أراد المشترى ترك الصفقة أن يكون الهلاك أو التلف ذا قيمة لا أمراً تافهاً يتخذه ذريعة للتنصل من أحكام البيع تقدير الهلاك

وينبنى على ذلك أن تكون مسألة تقدير الهلاك أو التلف من مسائل الوقائع التى يترك للقاضى الفصل فيها عند الخلاف . وعليه فيجوز للقاضى أن يحكم بتأييد البيع فى الجزء الباقى بغير هلاك اذا طلب البائع ذلك وتبين له أن التلف طفيف وأن لا مصلحة للمشترى من الفسخ وأنهُ انما يحاوله لأسباب أخرى — بودان ص ٥٥ كتاب البيع

ويرى بعضهم اطلاق الحرية للمشترى فى الترك إلا أنهُ رأى مرجوح لأن المشترى قد يفرط فى استعمال حقه

٣٠٩ — وللقاضى أن يستعين فى تقديره بالمبادىء الواردة فى المادتين ٢٩١ و ٢٩٢ أهلى (٣٦٤ — ٣٦٦ مختلط) والخاصة بوجود نقص فى مقدار المبيع عند استلامه ولكنهُ ليس بملزم أن يتبع حتماً نص المادة ٢٩٣ أهلى (٣٦٧ مختلط) القاضى بأنهُ لا يجوز الفسخ الاّ اذا كان التلف زائداً على نصف عشر الثمن المعين بل له أن يقدره بحسب ما يراه لان الحكمة من هذا القيد فى الأحوال المعينة له عدم تسهيل

فسخ العقود بعد اتمامها اذ يترتب على ذلك اضطراب فى المعاملات . أما هنا فالنقص أو الهلاك مانعان احياناً من تكوين العقد وإتمامه

ولهذا ترى الشراح الفرنساويين يعترضون بهذا الاعتراض على من قال بضرورة عدم فسخ البيع عند هلاك بعضه طبقاً لنص المادة ١٦٠١ فرنساوى الاّ اذا كان المبيع بحالة لو علمها المشترى لما اشترى قياساً على حالة استحقاق بعض المبيع — « ١٦٣٦ فرنساوى و ٣١٠ أهلى و ٣٨٤ مختلط »

فيؤخذ مما تقدم أنهُ يجوز أن لا يترتب على تلف أو نقص بعض المبيع سوى تنقيص فى الثمن إذا رفض القاضى طلب الفسخ — مثال ذلك تلف بضاعة أثناء نقلها تلفاً معتاداً حصوله والتسامح فيـهِ بحسب العرف التجارى — قارن فى ذلك تعليقات داللوز فقرة ١٤ مادة ١٦٠١

٣١٠ — ولا تسقط دعوى طلب فسخ البيع لهلاك بعض المبيع وقت التعاقد الاّ بمضى المدة العادية لعدم وجود نص خاص . فلا تنطبق عليها أحكام المادة ٢٩٥ أهلى (٣٧٠ مختلط) . ولكن اذا دلت الظروف والقرائن على أن السكوت كان رضاء بأخذ الباقى بحصته من الثمن وتنازلاً عن طلب الفسخ فلا تقبل الدعوى لهذا السبب لا لأنهُ سقط الحق فى رفعها — تعليقات داللوز فقرة ٢٧ مادة ١٦٠١ فرنساوى

٣١١ — واذا كان الثمن دفع كاملاً فللمشترى حق استرداد الحصة المساوية لمقدار النقص من الثمن طالما أن حقه لم يسقط بمضى ١٥ سنة — انظر تعليقات داللوز فقرة ٢٥ مادة ١٦٠١ فرنساوى

٣١٢ — اذا علم المشترى بتلف بعض المبيع وقت التعاقد ومع ذلك اشترى فليس له أن يرجع فى تعاقده فيطلب ترك البيع أو تنقيص الثمن فيما بعد لأنهُ يعتبر مشترياً للشىء بحالتهِ الموجود عليها وقت البيع باختيارهِ ورضائه — بودرى المطول فقرة ٩٨ ص ٧٧ علم المشترى بالتلف عند البيع

٣١٣ — اذا اشتمل المبيع على جملة أشياء بيعت صفقة واحدة بثمن معين جملة فهلاك أحدها قبل أو وقت البيع يجيز للمشترى فسخ البيع او تأييده بلا نظر لما اذا فى هلاك بعض الاشياء المبيعة جملة

كانت الاشياء بحالة لايشترى المشترى بعضها دون البعض أو لا فإنها تعتبر واحدة لوحدة الثمن المسمى جملة أما لو تعين لكل شيء ثمن خاص فتعتبر الصفقة أنها مشتملة على جملة بياعات ينظر لكل واحدة منها على حدتها وهلاك بعضها قبل البيع لا يجيز للمشترى ترك البعض الآخر خصوصاً اذا كان يمكن فسخها بغير ضرر ويعتبر البيع الواقع على أشياء مثلية أى من صنف واحد كأنها مبيعة بأثمان مستقلة اذا تعين ثمن وحدتها كبيع مائة أردب من القمح بمبلغ مائة جنيه باعتبار الأردب الواحد جنيهاً فهلاك بعض المبيع وهو تلف جزء من القمح لا يجيز للمشترى أن يترك البيع بل يجب أخذ الباقى باعتبار ثمن الأردب الواحد المسمى وان يدفع ثمنه فقط

الفرع الثانى — فيما يجوز التبايع فيه وما لا يجوز

٣١٤ — يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع مما يجوز التبايع فيه وهذا هو الشرط الثانى من شروط المبيع (أنظر فقرة ٢٦٧ المتقدمة)

فان كان الشيء مما لا يجوز التبايع فيــه فلا ينعقد البيع عملاً بنص المادة ٢٥٩ أهلى (٣٢٦ مختلط)

نقــد على تعبير القانون

٣١٥ — وهذا النص مستمد من أحكام القانون الفرنساوى (انظر مادتى ١١٢٨ و ١٥٩٨ فرنساوى) بعكس باقى المادة فانها مستمدة من أحكام الشريعة الاسلامية كما سيجيء

٣١٦ — ولكنا قبل بيان الاشياء التى يجوز التبايع فيها أو لا يجوز وقيمة بطلانها نرى من المفيد الاشارة للملاحظة الآتية

يظهر من مقارنة عبارة « ما لايجوز التبايع فيه » بما يقابلها فى النص الفرنساوى (١) أن هناك تصرفاً فى التعبير قصر مؤدى العبارة العربية على البيع مع أن النص الفرنساوى

---

(١) هذه هى عبارة النص الفرنساوى :
des choses qui ne sont pas dans le commerce
أو *choses hors du commerce* كاصطلاح الشراح

يصدق على البيع كما يصدق على غيره وربما كان التعبير بما « لا يقبل التعامل به » أو بما « لايجوز التصرف فيه » أو « الاتّجار بِهِ » أوفى بالمراد لأن المقصود من التعبير الفرنساوى هو قابلية الشيء المعقود عليهِ لأن يكون محلاً للعقد[1]

والتعامل يراد به لغة التصرف من بيع ونحوه[2] فاستعماله يكون اكثر مطابقة للاصطلاح الفرنساوى . وسنجرى هنا على استعماله منعاً للبس الذى ينشأ من استعمال عبارة القانون فليلاحظ ذلك

تعبير الفقهاء

٣١٧ — وفقهاء الشريعة الاسلامية يعبرون عن ذلك بالمال المباح أو الغير المباح الإنتفاع بِهِ شرعاً ويتكلمون عليه غالباً فى سياق الكلام على المال المتقوّم

وحكم البيع الوارد على مال غير مباح الإنتفاع به شرعاً كالميتة والدم أو غير ذلك مما حرم شرعاً أنه باطل والبيع فيه لا ينعقد أصلاً وبعبارة أخرى بطلانه أصلى — « مستفاد من ابن عابدين ج ٤ ص ٣ وص ١٠٥ »

بيان ما لا يجوز التبايع فيه

٣١٨ — نص القانون على أن البيع لا ينعقد « فيما لا يجوز التبايع فيه » وذلك لأن الأصل إباحة التبايع فى جميع الاشياء والاستثناء التحريم وعلى ذلك لا يكون من اللازم لأمكان بيع الشيء أن يبيحه القانون بل يكفى أن لا يمنعه

أسباب منع التبايع

٣١٩ — ومنع التبايع فى شيء ينشأ عن سببين :

الأول — أن يكون الشيء مما لا يقبل التعامل به[3] (لا يدخل فى التجارة)

الثانى — ان يمنع القانون بيعه وان كان مما يقبل التعامل به

شروط الشيء القابل للتعامل به

٣٢٠ — فالشيء الذى يقبل التعامل به هو ما كان قابلاً للملكية الخاصة والتداول بين الناس فيجوز أن يمتلكه أحد الأفراد وان يملّكه لآخر أى يلزم أن يتوفر فيه شرطان :

الأول — أن يكون قابلاً للملكية الخاصة

---

(١) انظر بلانيول ج ٢ فقرة ١٠١٠ ومختصر بودرى ج ٢ فقرة ٨٤٠

(٢) راجع قاموس المصباح المنير

(٣) *chose hors du commerce*

الثانى — أن يكون قابلاً للتمليك والتملك أى للانتقال من يد الى يد

٣٢١ — والشيء الذى لا يقبل التعامل بهِ هو ما لم يتحقق فيه هذان الشرطان :

فاذا لم يكن الشيء قابلاً للملكية الخاصة بأن كان شيئاً مباحاً للعموم كالماء والنور والهواء فان طبيعة هذه الأشياء تنافى امتلاكها امتلاكاً خاصًّا كان الشيء مما لا يقبل التعامل به . فاذا تغيرت طبيعته وأصبح جائز الامتلاك كالماء بعد احرازه انقلب شيئاً قابلاً للتعامل به

واذا لم يكن قابلاً للتمليك أو التملك أى للإنتقال والتداول بين الأفراد كأملاك الميرى المخصصة للمنفعة العمومية كان كذلك مما لا يقبل التعامل به لفقده الشرط الثانى

من ذلك يرى أن عدم تحقق هذه الشروط ينشأ إما عن طبيعة الشيء كالأشياء المباحة للعموم والأشياء المستحيلة الوجود أو عن صفاته كالأشياء المخصصة للمنفعة العمومية (حصن . قلعة . ميناء . كتبخانة ميرية . دفترخانة عمومية وغيرها مما هو وارد فى مادتى ٩ و ١٠ مدنى أهلى) والأشياء الممنوع بيعها محافظة على النظام العام (منع بيع الحشيش والجواهر السامة والحيوانات المصابة أو المشتبه فى إصابتها وغير ذلك)

ويلاحظ أن الأشياء الممنوعة لصفاتها قابلة فى الأصل للملكية الخاصة الاّ أن القانون جعلها مما لا يقبل التعامل به

ملاحظات ومقارنات بين الاشياء الممنوعة قانونا والغير القابلة للتعامل

٣٢٢ — على أن تحريم القانون بيع شيء لا يخرجه حتماً من دائرة الاشياء القابلة للتعامل بها اللهمَّ الاَّ اذا كان المقصود بالمنع النظام العام فحينئذٍ يصبح الشيء حتماً مما لا يقبل التعامل به ولا يجوز أن يكون محلاً لأي تعاقد لأن محل التعاقد اذا كان مخالفاً للنظام العام كان غير جائز قانوناً (١)

٣٢٣ — واذا اعتبر الشيء مما لا يقبل التعامل بهِ للنظام العام فهذا الاعتبار لا يكون دائماً مطلقاً وعاماً فى سائر الاحوال فان من الاشياء ما يكون فيها هذا الاعتبار مطلقاً كمنع بيع أملاك الميرى المخصصة للمنافع العمومية حيث تمنع صفتها من تملكها

---

(١) *objet illicite*

ومنها ما يكون فيها خاصاً كمنع بيع الجواهر السامة فإنها تعتبر من الأشياء التى لا تقبل التعامل بالنسبة لمن حرم عليهم بيعها ومن الأشياء القابلة للتعامل بالنسبة للمصرح لهم ببيعها — انظر مادة ٢٢ من لائحة الصيدليات

كذلك الأشياء المحتكرة للحكومة كالبارود والملح لا تعتبر غير قابلة للتعامل الاّ فيما يتعلق بعدم جواز بيعها بالنسبة لغير المصرح لهم بالبيع فاذا باعها أحد هؤلاء كان البيع غير منعقد لأن الشيء مما لا يقبل التعامل بهِ واذا باعهـا المصرح له بالتزامها كان بيعه صحيحاً — راجع بودرى المطول ص ٦٩

٣٧٤ — ويستفاد مما تقدم أن النص فى القانون على بطلان بيع شيء لا يكفى لجعل هذا الشيء مما لا يقبل التعامل بهِ اذا كان المقصود بالبطلان المصلحة الخاصة أو النظام الخاص مثال ذلك منع بيع ملك الغير[1] فان البطلان لا يجعل الشيء مما لا يقبل التعامل بهِ الاّ اذا كان مقصوداً بهِ النظام العام

ويستخلص من ذلك أنه عدم قابلية الشيء للتعامل بهِ تؤدى لبطلانه ولا عكس

٣٧٥ — وفائدة التمييز بين المسائل التي أوردناها هى أنهُ اذا كان الشيء مما لا يقبل التعامل بهِ[2] سواء كان بطبيعته أو بحكم القانون فانه لا يصلح أن يكون محلاً للبيع . والبيع الذى يرد عليهِ لا ينعقد لأنهُ يعتبر فاقداً أحد أركانه (الشيء المعقود عليه)

وعلى ذلك لا تترتب عليهِ التزامات ما بين الجانبين فلا يجبر البائع على تسليم المبيع ولا المشترى على دفع الثمن ولا يسأل المقصر عن تعويضات بسبب عدم الوفاء فلا تعويض على عدم تنفيذ تعهد لم ينعقد

أما إذا كان الشيء ممنوعاً بيعه بغير أن يعتبر مما لا يقبل التعامل بهِ أى كان منعه بالنظر للمصلحة الخاصة فالأحكام المترتبة عليهِ تختلف عن ذلك اختلافاً بيناً . فالبيع فيهِ

---

(١) وفى فرنسا لا يجوز بيع العقارات المعطاة جهازاً مدة الزوجية وهو منع مقصود به أيضاً مصلحة الزوجين الخاصة لا المصلحة العامة . (انظر مادة ١٥٥٤ مدنى فرنساوى)

(٢) *choses hors du commerce*

ينعقد لأن الشيء صالح للتعاقد ولكنه يكون قابلاً للبطلان وعلى ذلك تنشأ عنهُ تعهدات من جانبي المتعاقدين ويترتب على عدم الوفاء بها مطالبة المقصر بالتضمينات كما فى حالة بيع ملك الغير فانهُ يجوز للمشترى مطالبـة البائع بالتضمينات اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع (مادة ٢٦٥ أهلى و ٣٣٤ مختلط)

يلخص ذلك فى أن البيع فى الحالة الأولى لا ينعقد ولا ينبنى عليهِ حكم ما لأن مدار المنع فيه النظام العام وبعبارة أخرى يكون باطلاً بطلاناً أصلياً

والبيع فى الحاله الثانية ينعقد قابلاً للبطلان مستلزماً للتعويضات بحسب الأحوال لأن مدار المنع فيه النظام الخاص وبعبارة أخرى يكون بطلانه نسبياً

٣٢٦ — وتطبيقاً لهذه القواعد حكم بأن بيع الحيوانات المصابة بمرض معد ومحرم بيعها بمقتضى القانون لا يترتب عليهِ المطالبة بالتعويض لأن المبيع مما لا يجوز التبايع فيهِ (لا يقبل التعامل بهِ) والبيع فى هذه الحالة باطل بطلاناً أصلياً لا نسبياً — راجع حكم محكمة نانسى فى ٢٢ مايو سنة ١٨٩٤ وبودرى المطول فقرة ٩٢ والباندكت فقرة ٥٩٤ بيع ج ٩٠.

٣٢٧ — وفى قضية بيع نبيذ من صنف محرم بيعه امتنع المشترى عن تنفيذ عقد البيع فطالبه البائع بالتعويض فرفضت دعواه بناءً على أن المبيع مما لا يقبل التعامل بهِ وعلى ذلك لا يترتب على التعاقد تعهد ما — محكمة نيم ٦ يوليه سنة ١٩٠٠ بودرى المطول فقرة ٩٢

٣٢٨ — وبأن بيع الجواهر السامة باطل بطلاناً جوهرياً ولا يجوز لأحد المتعاقدين أن يطالب الآخر بتنفيذ العقد — باريس ٣ مايو سنة ١٨٨٨ وبودرى المطول فقرة ٩٣

٣٢٩ — على أنهُ قد تجوز المطالبة بالتضمينات فى حالة بيع أشياء لا تقبل التعامل بها وذلك اذا استعمل البائع طرقاً احتيالية بأن أوهم المشترى بأن الشيء مما يجوز بيعه فللمشترى فى هذه الحالة أن يطلب تعويض الضرر الذى لحقه

مثال ذلك أن يوهم انسان آخر بأنه مصرح له ببيع أرض داخلة فى حدود منطقة

استحكام أو فى طريق عام ويبرز له مكاتبة مزورة فيخدعه ويحمله على الشراء ثم يتبين أن المبيع من الأملاك العامة

ولكن تعويض الضرر ليس مبناه عدم تنفيذ العقد بل فعل البائع بناء على قاعدة كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يستوجب إلزام فاعله بتعويض الضرر — انظر مادة ١٥١ مدني أهلي و ٢١٣ مختلط وبودرى المطول فقرة ٩٣

المبحث الأول — فى الأشياء التى لا تقبل التعامل بها

٣٣٠ — يتبين مما تقدم (فقرة ٣١٩) أن الأشياء التى لا يجوز التبايع فيها تنقسم الى قسمين : قسم لا يقبل التعامل بهِ لأنه لا يدخل فى التجارة وقسم منع القانون بيعه وان كان مما يقبل التعامل بهِ وكلامنا فى هذا المبحث خاص بالصنف الأول

فمما لا يقبل التعامل بهِ الأشياء الآتية :

الاملاك المخصصة للمنافع العمومية

٣٣١ — نصت المادة التاسعة من القانون المدنى على أن الأملاك الأميرية المخصصة للمنفعة العمومية لا يجوز تملكها بوضع اليد عليها المدة المستطيلة ولا يجوز حجزها ولا بيعها انما للحكومة دون غيرها التصرف فيها بمقتضى قانون أو أمر . وقد بينت هذه المادة والتى تليها الأشياء التى تعتبر املاكاً ميرية فليرجع اليها

٣٣٢ — فالبيع الوارد على هذه الأشياء يكون باطلاً بطلاناً أصلياً لأن الشىء مما لا يقبل التعامل به اذ المقصود بمنع بيع هذه الأشياء هى المصلحة العامة

٣٣٣ — ولكن المحاكم جرت على الحكم بتعويض لمشترى هذه الأشياء اذا كان حسن النية كما تقضى بعدم جواز نزع العين من تحت يد المشترى اذا كان وضع يده عليها وتبين أنها خرجت من دائرة الأملاك العمومية — تعليقات داللوز فقرة ١٣ مادة ١٥٩٨ ودوهلس فقرة ٧١ ج ٤ بيع

٣٣٤ — وبهذا المعنى حكم بأن البلدية التى تبيع أرضاً من الأراضى المخصصة للأعمال الحربية لمشترٍ حسن النية تكون ضامنة للبيع فى حالة استحقاق المبيع واذا زالت

عن الأرض المبيعة صفة الأملاك العمومية بأن أصبحت حرة فلا تقبل دعواها بطلب استرداد العين المبيعة من المشترى — باندكت فقرة ٥٩٥ بيع ج ٥٩ وتعليقات دالوز فقرة ١٤ مادة ١٥٩٨

٣٣٥ — ومما تنبغى الإشارة اليه هنا أنه يجب الاحتراس من الخلط بين الأملاك العمومية و بين أملاك الحكومة الخاصة فان الأخيرة وتسمى أملاك الميرى الحرة يجوز بيعها والتصرف فيها بجميع أنواع التصرفات

٣٣٦ — أما بيع الأملاك العمومية فباطل ولا يترتب عليه نقل الملكية لأن البطلان أصلى حتى اذا اشتمل البيع على شيء بعضه ملك عام للميرى وبعضه ملك خاص وجب على أى حال استبعاد الجزء الداخل فى الأملاك المخصصة للمنفعة العمومية لأنه مما لا يقبل التعامل به

٣٣٧ — ولكن اذا زالت قانوناً صفة الشيء الذى لا يقبل التعامل به كزوال تخصيصه للمنفعة العمومية زال المانع من البيع وأصبح شيئاً جائز التعامل به وتسرى عليه أحكام البيع العام

٣٣٨ — ومما يحصل التساهل فيه إقامة الحمامات وإنشاء المصايد أو بناء البرابخ وغيرها بالأراضى المخصصة للمنفعة العمومية وليس معنى ذلك زوال صفة الشيء ولا إباحة تملّكه لأن الغرض هو التسامح فى الانتفاع وفى الغالب يكون ذلك بترخيص من السلطة المختصة أى بعقد مانع من التمليك . والمحلات المقامة بهذه الكيفية على هذه الأملاك هى أملاك خاصة ويجوز للأفراد الحائزين لها التبايع بها بشرط عدم الاخلال بحقوق الحكومة — راجع تعليقات دالوز فقرة ٢٢ مادة ١٥٩٨

٣٣٩ — على أن قاعدة عدم جواز التصرف فى الأملاك المخصصة للمنافع العمومية لم تكن معروفة فى مصر قبل صدور القانون المدنى ومن ثم فليس للحكومة أن تدعى ملكية أرض لم تدفع لها ثمناً بناءً على أنها كانت منذ خمسين سنة مخصصة للمنافع العمومية وأن الحكومة باعتها بدون حق قبل العمل بالقانون المدنى — « الاستئناف الاهلى أول ابريل سنة ١٩١٣ مجموعة رسمية س ١٤ نمرة ٧٧ »

الوظائف العمومية

٣٤٠ — ومما لا يقبل التعامل بهِ الوظائف العمومية فان الوظائف تنحصر فى إنابة الموظفين عن السلطة العامة التى لا تتناولها الإتفاقات الخاصة والموظف أمين على الوظيفة لا مالك لها لذلك كان التبايع بالوظائف غير جائز قانوناً وباطل بطلاناً أصلياً

٣٤١ — والبيع بالواسطة كالبيع مباشرة فلو قبل موظف أن يقدم استقالته مقابل مبلغ من المال يأخذه من شخص يحل محله فى وظيفته كان ذلك بيعاً مستتراً لوظيفته فلا ينعقد ولا تترتب عليهِ حقوق ولا واجبات . وعلى هذا اذا أراد الواعد العدول عن الاستقالة فلا يلزم بتقديمها كما أن الموعود له اذا عين فعلاً فى الوظيفة ثم امتنع عن دفع المبلغ فلا يجبر على دفعهِ واذا كان دفعه فعلاً فله أن يسترده لأنهُ دفع بلا سبب جائز (مادة ٩٤ مدنى)

٣٤٢ — ومن البديهى أن الغرض هنا تقرير الأحكام السارية على المتعاقدين لا على الحكومة بمعنى أنه إذا قدم الموظف استقالته ثم لم يحصل على المبلغ المتفق عليهِ فليس له أن يجبر المصلحة التابع لها على اعادته اذ ليس لها أن تبحث فى الأسباب التى كانت دعت لتقديم الإستقالة — باندكت فقرة ٦٠٢ بيع ج ٥٩

فى بيع عيادة الطبيب

٣٤٣ — قد يتفق أن طبيباً يتنازل عن عيادة مرضاه[1] مقابل مبلغ من المال لطبيب آخر لسبب من الأسباب كطمع الطبيب الجديد فى أن يستفيد من حلوله محل القديم لأنه كان شهيرًا ومعروفاً لدى العامة والخاصة وقد ناقش الشراح مسألة جواز هذا البيع وعدم جوازه لذلك رأينا أن نشير اليه فى بحثنا

ووجه الريبة أن أساس عيادة المرضى هى الثقة بالطبيب وما امتاز به واشتهر عنه من صفات خاصة كالأمانة والكفاءة وحسن السمعة وغيرها من أوجه التفضيل فالعيادة التي مبناها ذلك لا تصلح أن تكون محلاً للتبايع فثقة الانسان بآخر لا تقبل التمليك ولا التملك ولا تحتمل الانتقال من ذمة الى ذمة بل يجب أن تبقى خارجة

---

(١) نقصد بذلك ما يسمى *Vente ou cession de la clientèle d'un médecin*

عن الاشياء القابلة للتعامل وأن يكون دائماً مرجعها حرية اختيار المريض

لهذا اذا قصد ببيع عيادة الطبيب هذا المعنى الخاص فالبيع باطل وغير منعقد

أما إذا قصد به التعهد بالامتناع عن مزاولة المهنة فى الجهة التى كان يزاولها فيه الطبيب الأول مقابل مبلغ من النقود والتنازل عن ايجار محل العيادة ونصح المرضى بالمعالجة عند الطبيب الثانى ومجرد تعريفهم به وتقديمه لهم وغير ذلك مما هو من هذا القبيل كان البيع جائزاً فان القانون لم يحرمه وجرت المحاكم الفرنساوية على الحكم بصحته . كما أنها قضت بإبطال بيع عيادة المرضى الحاصل بصفة مطلقة وبغير تعيين للمراد بالكيفية السابقة وذلك بناء على ما قدمنا من الأسباب وهى أن عيادة المرضى من الأشياء التى لا تقبل التعامل بها والتى يجب أن يكون مرجعها ثقة ذوى الشأن وحرية اختيارهم

واعترض بعض الشراح على ذلك قائلاً ان اطلاق العبارة فى التنازل لا يستلزم البطلان لأنه يجب الرجوع لقصد المتعاقدين وقصدهما هو فى الواقع امتناع المتنازل عن مزاولة مهنته فى المكان الذى يباشرها فيه وفى كل مكان يزاحم فيه المتنازل اليه فهذا ما يجب أن يؤول اليه قصد المتعاقدين وبهذا الاعتبار يكون التنازل صحيحاً — « راجع بودرى فقرة ١٠٣ وتعليقات داللوز فقرة ٦٩ مادة ١٥٩٨ »

٣٤٤ — والخلاصة أن أحكام المحاكم متفقة على أن بيع عيادة المرضى باطل اذا قصد به نفس عيادتهم فى ذاتها أى فحص المريض ووصف الدواء له ولكن التعهد الصادر بعدم مباشرة الصناعة فى جهة معينة وبايصاء الزبائن (العملاء) بالمتنازل اليه مقابل مبلغ من المال صحيح — راجع كتاب بودرى فقرة ١٠٣ ص ٨٣ وفقرة ٦١٠ — ٧١ تعليقات داللوز مادة ١٥٩٨

٣٤٥ — وتطبيقاً لذلك حكم بصحة التعهد الصادر من طبيب لآخر مقابل ثمن معلوم وقاض بأن يترك المتعهد الجهة التى كان يزاول صنعته فيها وأن لا يعود اليها قبل زمن معين وعند عودته لا يتخذ له عيادة الا على مسافة محددة كما يترك

حقه فى الإجارة والأثاث والأدوات . وعلى ذلك اذا خالف المتعهد مقتضى هذه الشروط جاز للمتعهَّدله أن يطالبه بالتضمينات — تعليقات دالوز فقرة ٦٤ مادة ١٥٩٨

فى بيع المهندس المعمارى والمحامى لأعمال صناعتهما

٣٤٦ — وقس على ما تقدم حالة بيع المهندس المعمارى للأعمال المعهود اليه من عملائه — أما المحامى فليس له التبايع بأعمال موكليه بأية صورة كانت وعمل مثل هذا يجعله عرضة للمؤاخذة التأديبية ويكون باطلاً بطلاناً أصلياً — انظر دمولومب ج ٤ فقرة ٣٤٣ وتعليقات دالوز فقرة ٤١ مادة ١١٢٨ وبودرى فقرة ١٠٣

٣٤٧ — أما اذا اقتصر البيع على مجرد بيع المكتب فهو جائز ومثله مثل سائر المحلات التجارية ومحلات الصناعة — انظر دوهلس فقرة ٧٠ ج ٤ بيع

٣٤٨ — على أنه اذا لم يكن مبنى علاقة العملاء بشخص من ذوى الصناعات والمهن صفاته الخاصة به وكفاءته الذاتية فالبيع لا يكون باطلاً باعتباره وارداً على شىء غير جائز التبايع به . مثال ذلك التنازل عن التدريس لطلاَّب مكتب ابتدائى لا يدرس فيه غير المسائل البسيطة الأولية للتعليم — محكمة السين فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ والباندكت فقرة ٦٢٣ بيع ج ٥٩

بيع محلات التجارة

٣٤٩ — يصح بيع محلات التجارة ومحلات الصناعة كما يصح كل اتفاق بخصوصها يكون من شأنه التعهد بعدم تعاطى نفس التجارة أو الصناعة فى دائرة معينة أو بإيصاء الزبائن بالمتنازل اليه فاذا أخل المتعهد بعهده حقت عليه التعويضات. فيجوز بيع مخزن التجارة ومحل القهوة ومعمل الورق وغير ذلك . كما يجوز التعهد بعدم فتح محل على مسافة معينة وهكذا — انظر دوهلس فقرة ٧٠ بيع

٣٥٠ — احكام — حكمت المحاكم المختلطة بأن بيع قهوة أى ترك العملاء والتنازل عن حق إجارة المحل وأدواته جائز قانوناً كبيع أى محل صناعى — استئناف ١٤ فبراير سنة ١٨٧٨ ثالثة ص ١١٠ وبورللى مادة ٣٢٦ مختلط

٣٥١ — وحكم بأن الأسم المعنون به محل تجارى يمكن أن يكون موضوعاً للملكية ويحق لأول من اختاره أن يرجع بالتعويض على كل من يتخذ نفس الأسم لغرض المزاحمة الغير الشرعية. أما اذا أضيف الى الاسم السابق اختياره بعض التغيير

فللمحكمة حينئذٍ أن تنظر فيما إذا كان للاسم الجديد مميزات كافية لمنع الألتباس — « مصر الابتدائية ٢٣ أكتوبر سنة ٩١٢ مجموعة رسمية نمرة ٥٢ سنة ١٤

تنبيه — فى الدعوى الحالية حكمت المحكمة بناء على ظروف الدعوى بأنه فى اضافة كلمة « الجديدة » لأسم صيدلية مميزًا كافياً لمنع الألتباس

٣٥٢ — وبأن بيع المحل التجارى يجب أن يؤول فيما يتعلق بالأشياء المبيعة بحسب الغرض الذى قصده المتعاقدان كما يؤخذ من نصوص العقد وظروف الأحوال — « مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ سنة ١١ ص ٢٩١ فقرة ٤٣٤٣ مجموعة ثانية »

٣٥٣ — وانما يلاحظ أنه اذا كان محل التجارة أو الصناعة لا يجوز تشغيله بغير ترخيص من الحكومة وحصل بيع محل من هذا القبيل كان البيع باطلاً اذا رفض اعطاء الترخيص للمشترى لسبب من الأسباب التى لا دخل لشخصيته فيهـا — « تعليقات داللوز فقرة ٤٠ مادة ١٥٩٨ »

٣٥٤ — بل ويكون الرفض سبباً لفسخ البيع بأ كمله اذا كانت البضاعة تشمل شيئاً آخر غير متوقف على الترخيص وذلك كما اذا كانت الصفقة واحدة والثمن واحداً وحينئذٍ لايجوز للبائع أن يجبر المشترى على استلام الشيء الغير المتوقف على الترخيص ودفع ثمنه بنسبة حصته فى الثمن — قارن فى ذلك حكم محكمة الهافر ١٤ يونيه سنة ١٨٩٩ والباندكت فقرة ٦٣٥ بيع ج ٥٩

العقارات الموقوفة والتصرف فيها

٣٥٥ — من الأشياء التى لا تقبل التعامل بها الأموال الموقوفة لأنها لا تقبل التمليك ولا التملك — انظر فقرة ٣٢١ السابقة

٣٥٦ — فالوقف هو حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد والتصدق بالمنفعة على الفقراء ولو فى الجملة أو على وجه من وجوه البر — مادة ١ من قانون العدل والانصاف

٣٥٧ — وبمجرد انعقاد الوقف صحيحاً يزول ملك الواقف عن العين الموقوفة ويصير الوقف لازماً فلا يملك الواقف الرجوع فيه ولا يملك لأحد من الوقوف عليهم أو غيرهم ببيع أو هبة أو غيرها — (مادة ٣ من نفس الكتاب)

وسنقصر كلامنا هنا على بيع العقارات الموقوفة لأن التصرفات تكاد تنحصر فيها عملاً

٣٥٨ — فالعقارات الموقوفة سواء كان وقفاً أهلياً ابتدأ أو على جهة بر لا تنقطع وبعبارة أخرى الموقوفة وقفاً أهلياً أو خيرياً لا تملك رقبتها ولا تملَّك فلا تباع (ولا توهب ولا ترهن ولا تورث أيضاً) بل تصرف منفعتها وغلتها الى الجهات الموقوفة عليها مع مراعاة شرط الواقفين — مادة ٨ مرشد الحيران

٣٥٩ — فبيع الوقف يكون حينئذٍ باطلاً بطلاناً أصلياً لأن المبيع لا يصلح أن يكون محلاً للبيع ويكون البيع فاقداً أحد أركانه وعلى ذلك لا ينعقد ولا يترتب عليه حقوق ولا واجبات بين الطرفين

٣٦٠ — وهذا هو حكمه فى الشريعة الاسلامية فقد ورد بابن عابدين (ج ٤ ص ١٠٩) بأنه « لا خلاف فى بطلان بيع الوقف لأنهُ لا يقبل التمليك ولا التملك وغلط من جعله فاسداً »

٣٦١ — فالأصل في الوقف عدم جواز بيعه ولكن قد يعرض ما يسوغ البيع شرعاً فاذا حصل البيع لمسوغ شرعى كان حينئذٍ صحيحاً لأن العين الموقوفة تعود قابلة للتعامل بها

٣٦٢ — والعقار يجوز بيعه فى الأحوال الآتية :

أولاً — اذا اشترط الواقف الاستبدال جاز له ولمن اشترط له بيع الموقوف ولو لم تكن هناك ضرورة

ثانياً — اذا لم يشترط الواقف الاستبدال أو نهى عنه فانه يجوز مع ذلك للقاضى بيعه عند الضرورة أو المصلحة كما سيجئ فى بيان الأحوال التى يجوز فيها الاستبدال « انظر فقرة ٣٦٤ الآتية »

ثالثاً — اذا وقف المدين شيئاً من أمواله وطلب الغريم دينـه وليس للمدين الواقف ما يسدد به دينه غير العين الموقوفة فللقاضى أن يبيع العين الموقوفة بعد الدين ليستوفى الدائن دينه من ثمنها

رابعاً — اذا رهن المدين عند دائنه شيئاً بهذا الدين وسلمه له ثم وقفه وليس له

مال آخر يقضى منه الدين فان الوقف صحيح ولكن للقاضى بيعه كله أو بعضه بحسب قيمة الدين عند عدم الوفاء بالدين — راجع كتاب مباحث الوقف للشيخ زيد بك الأبيانى ص ٢١ وقانون العدل والانصاف مادة ٣٥

٣٦٣ — فاذا بيع الوقف بمسوغ شرعى من هذه المبيوعات فهو جائز وأما اذا بيع بغير مسوغ فالبيع يكون باطلاً سواء كان البائع هو الواقف أو الوارث أو القيم أو القاضى « راجع نفس الكتاب ص ٢٣ وكتاب قانون العدل والانصاف مادة ٣٥ »

في استبدال الوقف

٣٦٤ — يجوز استبدال الوقف بالشرط أو للضرورة

والواقف اما أن يشترط الاستبدال فى أصل الوقف أو يسكت أو ينهى عن الاستبدال

٣٦٥ — فان كان الأول فاما أن يشترط الاستبدال لنفسه أو لغيره فقط أو له مع غيره . وفى كل هذه الأحوال يكون الاستبدال جائزاً وذلك كما اذا قال فى أصل الوقف على أن له استبداله أو بيعه متى شاء وأن يشترى عقاراً يجعله وقفاً مكانه فإن الشرط والوقف يكونان صحيحين وحينئذٍ يجوز له استبدال الوقف أو بيعه متى شاء ويشترى عقاراً آخر ويقوم الثانى مقام الأول فى الحكم بمجرد الاستبدال أو الشراء بغير احتياج الى وقف جديد على أنه متى فعل ذلك مرة فليس له أن يستبدله مرة أخرى الاّ اذا ذكر فى الوقفية عبارة تفيد الاستبدال دائماً

والاستبدال جائز فى هذه الحالة ولو كان الشىء المستبدل عامراً ذا ريع ينتفع به — « كتاب مباحث الوقف ص ٤٣ »

٣٦٦ — وان اشترط الاستبدال لغيره جاز لهذا الغير الاستبدال ويجوز له هو أيضاً (أى الواقف) لأن الغير لم يستفد هذا الحق الاّ من جهته

٣٦٧ — وان اشترطه لغيره معه جاز له الانفراد بالاستبدال دون ذلك الغير

٣٦٨ — ومتى جاز الاستبدال للواقف أو لغيره على حسب الشروط جاز له أو لذلك الغير أن يتولاه بنفسه وأن يوكل غيره به — (نفس الكتاب)

٣٦٩ — أما اذا اشترط الواقف لنفسه البيع فقط بدون الاستبدال بأن لم ينص

على أنه يستبدل بثمنه عيناً تكون وقفاً مكانه فالرأى المعول عليه وهو قول أبى يوسف أن الوقف جائز وشرط البيع باطل — خصاف ص ٢٢

٣٧٠ — أما اذا سكت الواقف بأن لم يشترط الإستبدال له أو لغيره فليس له بيع الوقف واستبداله ولو صارت الأرض سبخة والدار خربة لا ينتفع بها وانما الذى يملك الاستبدال فى هذه الحالة هو القاضى وله ذلك فى حالتين :

الحالة الأولى — أن يخرج الموقوف عن الانتفاع بالكلية بأن تصير الأرض سبخة وينقطع انتفاع الموقوف عليهم بهـا أو تضعف ويقل إيرادها ويصير ريعها لا يكفى لمؤونتها وتكاليفها وليس للوقف ريع تصلح به فللقاضى فى هذه الحالة الحق فى استبدال هذا الوقف بشىء آخر تعود منفعته على الموقوف عليهم

وكذلك الحال فى الدار اذا وهنت حيطانها وانتقض بنيانها وتداعت الى الخراب وكادت تصير تلاً ولم يكن للوقف ريع تعمر به ولم يوجد من يرغب فى استئجارها مدة طويلة بأجرة معجلة تصرف فى تعميرها ونستقطع من أصل أجرتها تعينت المصلحة فى الاستبدال فيجوز للقاضى استبدالها . وهذه الحالة متفق عليها

الحالة الثانية — أن يكون الوقف منتفعاً به فى الجملة ولكن يمكن استبداله بأكثر منه نفعاً كما اذا فرضنا أن هناك من يرغب فيه ويعطى بدله أرضاً أو داراً أكثر منه ريعاً وأحسن صقعاً أو يبذل فيه ثمناً زائداً يمكن أن يشترى به بدل أحسن صقعاً واغزر ريعاً لجهة الوقف فان القاضى يملك الاستبدال . وهذه الحالة خلافية وأبو يوسف هو الذى يجيزها ويقولون إن الفتوى على غير مذهبه ولكن الظاهر الجواز لاتفاقهم على أنه يفتى بكل ما هو أنفع للوقف — كتاب مباحث الوقف ص ٥٤ وقانون العدل والانصاف مادة ١٢٩ وما بعدها

٣٧١ — واذا نهى الواقف عن الإستبدال فى هذه الحالة تتبع جميع الأحكام المقررة عند سكوت الواقف عن الإستبدال وذلك لأن هذا الشرط يؤثر على مصلحة الموقوف عليهم فيكون لا غياً لا يعتد به — (نفس الكتاب)

٣٧٢ — يستخلص مما تقدم أن الوقف إما أن يكون عامراً أو غير عامر . فإن كان غير عامر فلا كلام فى جواز استبداله للقاضى ولو نهى الواقف عنه

وإن كان عامراً فلا يجوز إلاّ فى حالتين : الأولى أن يشترط الواقف الاستبدال الثانية : أن يكون الوقف منتفعاً به فى الجملة ولكن يمكن استبداله بما هو أحسن منه صقعاً وأغزر ريعاً وهذه خلافية كما تقدم

٣٧٣ — وقد نص الفقهاء على صورتين أخريين :

الأولى — اذا غصب الواقف غاصب وعجز المتولى عن استرداده أو عن إقامة البينة وأراد الغاصب دفع البدل أو الصلح على شىء لزم المتولى أخذه وأن يشترى به عقاراً يجعله وقفاً على شرائط الأول اذ المنفعة فى ذلك

الثانية — إذا غصب الأرض الموقوفة غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحراً لا ينتفع بزراعتها وضمن المتولى الغاصب القيمة لزمه أن يشترى بها أرضاً بدلاً عنها

٣٧٤ — وفى كل الأحوال المتقدمة سواء كان الاستبدال فيها جائزاً للواقف أو القيم أو القاضى فلا يصح البيع فى الصور الآتية :

١ — إذا كان فى البيع غبن فاحش

٢ — إذا باعه لمن لا تقبل شهادتهم (أصوله وفروعه كابنه أو أبيه)

٣ — إذا باعه لمن يكون له دين على المستبدل ويريد شراءه فى مقابل الدين

فنى كل هذه الصور يكون البيع باطلاً ولو كان القاضى هو البائع

٣٧٥ — ومتى حصل بيع الموقوف ممن يملكه فإن أخذ عقاراً فى مقابله فلا شك فى أنهُ يصير وقفاً مكان الأول وإن أخذ نقوداً ليشترى بها عقاراً يجعله وقفاً مكانه كانت هذه النقود وقفاً بمنزلة العين الأصلية فلا يملكها الواقف

٣٧٦ — يستفاد مما تقدم أنه يجوز للقاضى استبدال الوقف سواء اشترطه الواقف أو سكت أو نهى عنه متى كانت هناك ضرورة تدعو الى ذلك ويتكرر هذا الحق له كلما وجد المسوغ . وأما الواقف أو المتولى فلا يملكان الاستبدال الاّ اذا نص

عليه الواقف فيتبع شرطه فان شرط تكراره كان لكل منهما هذا الحق متى أراد وان لم يشترط التكرار ينتهى هذا الحق متى حصل الاستبدال مرة واحدة فليس لهما بيع الثانى لشراء غيره — نفس الكتاب ص ٤٧

٣٧٧ — وتقضى نصوص الشريعة الاسلامية بأن الواقف متى حفظ لنفسه الشروط العشره أو حفظها لغيره كان له بمقتضى هذا النص أن يتصرف فى الوقف بما تقتضيه هذه الشروط ويكون تصرفه نافذاً وإن لم يكن ذلك على يد القاضى الشرعى أو مأذونه ولكن المادة ١٣٧ من لائحة الاجراءآت أمام المحاكم الشرعية الصادرة فى سنة ٩١٠ نصت على منع سماع دعوى استبدال الوقف عند الإنكار الاَّ اذ وجد بذلك اشهاد ممن يملكه على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله وكان مقيداً بدفتر أحدى المحاكم الشرعية

وأخذا بمضمون هذه المادة حكمت المحاكم الاهلية بالغاء الاستبدال الذى صدر من بعض النظار وان كان مشروطاً لهم ذلك فى أصل الوقفيــة لأن الاستبدال لم يصدر على يد حاكم شرعى أو مأذون من قبله — راجع نفس الكتاب ص ٤٨ وما بعدها وابن عابدين جزء ثالث ص ٣٩٩ وما بعدها

٣٧٨ — يظهر مما تقدم فقرة ٣٦٢ أنه يجوز للقاضى بيع الوقف الحاصل من راهن معسر أو من مدين بدين مستغرق لماله ومعنى ذلك انه للقاضى فى هذه الحالة أن يبطل الوقف ويبيع العين — انظر ابن عابدين ص ٤٠٧ ج ٣

٣٧٩ — والظاهر أن هذ النص هو اساس الحكم الوارد فى المادة ٥٣ من القانون المدنى التى نصت على بطلان الوقف الحاصل اضراراً بالدائن وهذا نصها :

لا يجوز لأحد أن يوقف ماله اضراراً بمداينيه وان وقف كان الوقف لاغياً

وعلى هذا يجوز نزع ملكيته و بيعه وفاء لسداد الديون

٣٨٠ — فتلك حالة من الأحوال الاستثنائية القاضية ببيع الوقف ولكن المحاكم الاهلية تقضى ببيع الوقف فى أحوال أخرى عرضت فى العمل كبيع الحصة الموقوفة على عقار غير قابل للقسمة عيناً

٣٨١ — فقد حكم بأنه يجوز بيع وقف حصة مشاعة فى عقار مشترك لعدم امكان قسمته للضرورة لانهُ لا يصح أن يكون الوقف سبباً لاجبار صاحب الحصة الغير الموقوفة على البقاء فى حالة الشيوع وهى لم تكن من الحالات الطبيعية ولكل انسان حق طبيعى فى أن يخرج منها ولا يجوز لأحد أن يحرم شريكه من حق الخروج من حالة الشيوع بمجرد ايقاف حصته . ولا شيء يمنع بيع الحصة الموقوفة فى هذه الحالة لان الوقف يجوز بيعه فى بعض الأحوال التى منها حالة الضرورة واستبداله بعقار آخر فلهذا يجوز البيع هنا للضرورة لما فى عكس ذلك من الاجحاف بحقوق الشريك وبالقاعدة الاصولية القاضية بأنهُ لا يصح لأحد أن يمنع بفعله أحداً من التصرف بحقوقه والمطالبة بها — استئناف محكمة اسكندرية ١٦ يناير سنة ٩٦. القضاء سنة ثالثة

٣٨٢ — وحكم بأن وقف احدى الحصص الشائعة لا يمنع من بيع الملك الشائع غير القابل للقسمة عيناً على يد المحكمة وعلى الخصوص اذا كان هذا الوقف لم يحصل الاّ بعد رفع دعوى طلب القسمة وبنية تعطيل سير الدعوى حيلة من الواقف فى حالة بيع ملك على يد المحكمة غير قابل للقسمة عيناً . ويجب أن يودع فى خزينة ديوان عموم الأوقاف جزء من الثمن يوازى قيمة الحصة الشائعة الموقوفة ليستعمل فى شراء ملك بدلاً من تلك الحصة وهذا قياساً على الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢٧ من الأمر العالى الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٨٩٦ بخصوص نزع الملكية للمنفعة العمومية — الموسكى الجزئية ٢٠ نوفبر سنة ٩٠١ — جلاد ٢٦٠ والمجموعة الرسمية نمرة ٦٥

٣٨٣ — وحكم بأنه من المقرر أن أعيان الوقف لا يصح بيعها الاّ باذن من القاضى للمسوغات الشرعية — الاستقلال عددا ٥ و ٦ سنة ثالثة

٣٨٤ — واذا بيعت عين موقوفة ولم يحصل استردادها عيناً كان الواجب رده لذى الشأن هو الثمن المدفوع مضافاً اليه الفوائد القانونية من وقت المطالبة أمام القضاء وليس قيمة العقار بحسب حالتهِ الحاضرة . ولا يسأل ورثة البائع عن رد المبلغ السابق بطريق التضامن وانما يسأل كل منهم بنسبة حصته فى الميراث — مختلط ١٤ يوليه

سنة ١٩٠٦ س ٨ ص ٣٢٤ وفقرة ٤٥٥١ مجموعة ثانية

٣٨٥ — وبأنه اذا طلب دائن أحد المستحقين فى وقف بطلان بيع وارد على أعيان موقوفة لا يجوز بيعها فان الدائن لا يستمد صفته فى رفع هذه الدعوى من ناظر الوقف وانما يستمدها من حقه الخاص ويرفعها بناءً على مصلحته الشخصية ما دام رفع الدعوى قاصراً على حصة مدينه فى ريع الوقف — مختلط ٧ يونيه سنة ٩٠٠ س ١٢ ص ٣١٦ فقرة ٤٥٤٩ مجموعة ثانية — وانظر أيضاً الاحكام المختلطة الواردة بفقرة ٤٨٤١ — ٤٨٤٥ مجموعة أولى و ٤٥٤٩ و ٤٥٥٠ مجموعة ثانية

٣٨٦ — الى هنا انتهينا من الكلام على حكم الوقف وبيان الأحوال التى يجوز فيها بيعه أو لا يجوز لما لذلك من الاهمية والمزية لمعرفة ما اذا كان البيع صحيحاً تترتب عليه أحكامه أو غير صحيح فلا يترتب عليه حكم ما بمعنى أن البائع لا يلزم بالتسليم والمشترى لا يلزم بدفع الثمن حتى ان دفعه كان له استرداده . ولكن الاحكام المتقدمة لا تتناول غير الاعيان الموقوفة ولهذا يخرج منها الأحوال الآتية

في بيع المبانى المحتكرة

٣٨٧ — المباني المحتكرة فى الأراضى الموقوفة من الأشياء القابلة للتعامل اذ الاحتكار هو عقد اجارة يقصد به استبقاء الأرض الموقوفة للبناء والغراس أو لأحدهما

وحكم البناء أو الغراس فى الأرض المحتكرة أنه يكون ملكاً للمحتكر ويجوز بيعه — « مادة ٥٩٠ و ٥٩١ مرشد الحيران و ٣٣١ و ٣٣٣ من قانون العدل والانصاف وابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٣ »

في بيع الكدك والكردار

٣٨٨ — كذلك مما يجوز التبايع فيه الكدك والكردار

فالكدك (وهي كلمة فارسية) يطلق على الأعيان المملوكة للمستأجر المتصلة بالحانوت على وجه القرار كالبناء أو لا على وجه القرار كالآت الصناعة المركبة به مثل الرفوف والدواليب وغيرها . وغالباً يكون فى دكاكين الوقف ولأصحابه حق القرار واستبقائه بأجر المثل

٣٨٩ — والكدك فى الحوانيت يسمى سكنى وفى الأرض الزراعية يسمى كرداراً

٣٩٠ — فالكردار أخص ويطلق على ما يحدثه المزارع من بناء أو غراس أو كبس بالتراب (ردم) بأذن الواقف أو الناظر فى الأرض الموقوفة فتبقى فى يده

ويكون له فيها حق القرار ولا تخرج الأرض من يده ما دام يدفع أجر المثل

٣٩١ — وحكم الكدك أنه مال متقوم يباع ويوهب ويورث — مادة ٥٩٦ و ٥٩٧ مرشد الحيران و ٣٤٧ و ٣٤٨ من قانون العدل والانصاف وابن عابدين ج ٣ ص ٤٠٣ .

٣٩٢ — ولما كان الكدك يشاهد غالباً فى الأعيان الموقوفة حكمت المحكمة المختلطة بأنه اذا اعترف شخص بأن ليس له غير مجرد الكدك على عين فذلك يفيد اعترافه بأن العين موقوفة — مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٠١ س ١٣ ص ٦٤ وفقرة ٤٥٤٣ مجموعة ثانية انظر تأثير بيع الكدك على حق الايجار فيما يأتى فقرة ٤٤٤ وما بعدها

فى بيع خلو الحوانيت

٣٩٣ — ومما يجوز بيعه الخلو فى الحوانيت وهو ما يسمى عند العوام «بخلو الرجل» والخلو المتعارف فى الحوانيت هو أن يجعل الواقف أو المتولى أو المالك على الحانوت قدراً معيناً من الدراهم يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكاً شرعياً فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك اخراج الساكن الذى ثبت له الخلو ولا اجارة الحانوت لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم — مادة ٥٩٨ مرشد الحيران

والخلو فى الحانوت يصير حقاً للساكن ولو كان الحانوت وقفاً

٣٩٤ — وهو متعارف من قديم فقد ورد فى كتب الفقه بأنه وقع فى حوانيت الجملون فى الغورية أن السلطان الغورى لما بناها أسكنها للتجار بالخلو وجعل لكل حانوت قدراً أخذه منهم وكتب ذلك بمكتوب الوقف — ابن عابدين ص ١٦ ج ٤

٣٩٥ — وفائدة الخلو أن الوقف قد يستعين بالمبالغ التى يأخذها من أصحاب الخلو على بناء الوقف وعمارته — ابن عابدين ص ١٧ ج ٤

٣٩٦ — ويستفاد من أقوال الفقهاء أن التنازل عنه للغير جائز وهذا ما يجب أن يكون قانوناً لأن الخلو حق وكل الحقوق جائز بيعها ما لم يرد نص خاص — « ابن عابدين ج ٤ ص ١٨ »

٣٩٧ — ويلاحظ أن الخلو خلاف أجرة المثل التى هى من حق المستحقين فى الوقف

فى بيع المرصد

٣٩٨ — أما المرصد فلا يجوز بحسب أحكام الشريعة الاسلامية بيعه ولا

بيع البناء الذى بناه صاحب المرصد للوقف وانما له مطالبة المتولى به ان لم يرد استقطاعه من أصل اجر المثل . ويجوز له ولورثته حبس العين المأجورة لحين استيفاء المرصد . واذا مات المتولى الذى أذن بالعمارة فلصاحب المرصد وورثته الرجوع على تركة المتولى بما يكون مستحقاً لهم من المرصد وتطالب ورثة المتولى المتوفى من خلفه فى نظارة الوقف لأجل اداء المرصد من غلة الوقف

٣٩٩ — والمرصد هو دين مستقر على وجهة الوقف للمستأجر الذى عمر من ماله عمارة ضرورية فى مستغل من مستغلات الوقف للوقف باذن ناظره عند عدم مال حاصل فى الوقف وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره منها — ٥٩٩ و ٦٠٠ و ٦٠١ مرشد الحيران

٤٠٠ — ونرى أن المسألة من الوجهة القانونية تحتمل وجهين فيمكن القول بأنه لا يجوز بيعه كما قررت الفقهاء عملاً بالمادة ٧ من القانون المدنى التى تقضى بأن تكون منفعة الأموال الموقوفة بشروط معلومة حسب المقرر باللوائح فى شأن ذلك . وحينئذٍ لا يكون لصاحب المرصد غير استقطاع دينه من أجرة المثل وحبس العين لحين استيفاء حقه بالكيفية المقررة شرعاً خصوصاً وانه يحمل قصده على قبوله ذلك حينما شرع فى تعمير الوقف كما يمكن القول من جهة أخرى بأن هذا دين والدين يجوز التنازل عنه للغير بالكيفية المقررة قانوناً انما يعترض على هذا الرأى بأن تحويل الدين لا يكون الاّ برضاء المدين واذا صح القول بأن الناظر ينوب عن الوقف فى الرضاء أجيب بأنه كيف يرضى الناظر بأمر غير مباح له شرعاً

المبحث الثانى — فى الأشياء الممنوع بيعها بمقتضى القانون مع أنها فى الأصل مما يقبل التعامل به

٤٠١ — قدمنا أن تحريم البيع فى الشىء إما أن يكون لعدم قابليته للتعامل بهِ واما لأن القانون منع بيعه بنص صريح وان كان مما يقبل التعامل بهِ وكلامنا على

الصنف الثانى فقد صدرت جملة قوانين خصوصية تمنع بيع بعض الاشياء بصفة مطلقة أو مقيدة بقيود لاعتبارات شتى كالمحافظة على النظام أو الامن العام والصحة أو الثروة العمومية وهكذا من مختلف البواعث التى تدعو الشارع لمنع البيع

ونذكر من ذلك الأوامر واللوائح الآتية

الاتجار بالجواهر السامة

٤٠٢ — فمما منع محافظة على الصحة العمومية بيع الجواهر السامة والاتجار بها وذلك بمقتضى اللائحة الصادرة فى ١٥ سبتمبر سنة ١٩٠٤ ولكن هذا المنع ليس مطلقاً وعاماً فقد أباحت اللائحة البيع لاشخاص مخصوصين بقيود مخصوصة ولا يجوز البيع حتى بواسطة هؤلاء الاشخاص الا لمن كان معروفاً منهم أو لمن يتحققون من شخصيته بشهادة أشخاص معروفين لديهم ولا يجوز البيع مطلقاً لأشخاص يظهر لهم أنهم دون سن البلوغ — مادة ٢١ من اللائحة

ومن يخالف أحكام هذه اللائحة يعاقب بالعقوبات المعينة للمخالفات — مادة ٢٨ من اللائحة

يؤخذ مما تقدم ان المنع مقصود به النظام العام وأن المبيع يعتبر من الأشياء التى لا تقبل التعامل بها اذا حصل البيع بغير واسطة المرخص لهم وعلى ذلك لا ينعقد ولا يترتب عليه حكم ما ولكل من المتعاقدين حق طلب البطلان لأن محل البيع شىء غير جائز قانوناً — بودرى المطول فقرة ١٠٥

بيع الحشيش

٤٠٣ — وهذا هو حكم بيع الحشيش فقد قضى الأمر العالى الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٨٨٤ المعدل بالأمرين العاليين الصادرين فى ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ و ٨ يوليه سنة ١٨٩٤ بمنع بيع الحشيش ومعاقبة مرتكب ذلك بغرامة (مادة أولى)

فالحشيش لا يصلح اذن لأن يكون محلاً للتبايع

بيع الدخان المغشوش

٤٠٤ — ومثله الدخان المغشوش فقد قضى الأمر العالى الصادر فى ٢٢ يونيه سنة ١٨٩١ بمنع بيع وتداول الدخان المغشوش ومصادرة كل ما يصنع للبيع والاستهلاك واعدامه مع محاكمة الجرم وتغريمه وعلى ذلك لا يجوز التبايع فيه

الحيوانات الموبوأة

٤٠٥ — قضت المادة الأولى من الامر العالى الصادر فى أول فبراير سنة ١٨٨٣ المكمل بالأمر العالى الرقيم ١٠ ابريل سنة ١٨٨٣ بعدم جواز الاتجار فى الحيوانات المنزلية المصابة بالامراض المعدية أو المشبوهة بها

٤٠٦ — وبينت الفقرة الثانية من هذه المادة المقصود من الاشتباه فى المرض المعدى ونصت المادة السابعة على ما يأتى : يمنع فى زمن وباء الحيوانات الاتجار فى الماشية المريضة أو المشبوهة بالمرض وفى الاشياء الخام التى تنتج منها كجلودها وعظامها وقرونها ورؤوس قرونها وحوافرها وشحومها الغير المذابة وشعورها وأصوافها ونحو ذلك[1]

وأما لحم الحيوانات المشبوهة بالأمراض الذى يتضح بعد ذبحها أنه سليم فيجوز أكله اذا صار اتخاذ الاحتراسات التى بواسطتها لا يمكن أن يترتب على أكله انتشار المرض بأى وجه كان

٤٠٧ — وقد فرضت المادة الثانية من الأمر العالى الصادر فى ٢٧ يونيه سنة ١٩٠٣ عقاباً على : —

كل من باع حيواناً من الحيوانات التى من الفصيلة البقرية (البقر والجاموس) المصابة بمرض أو المشتبه فيها أو عرض ذلك الحيوان للبيع أو أمر ببيعه

وكل من باع أو عرض للبيع لحم الحيوانات التى من الفصيلة البقرية (البقر والجاموس) النافقة بمرض أو شيئاً من متحصلاتها (مثل الجلد والشحم ونحوها) أو من متحصلات الحيوانات المشتبه فيها التى تكون ذبحت

كذلك تعاقب المادة الثالثة من الأمر العالى المشار اليه من يبيع أو يعرض بغير تصريح من الادارة الصحية لحم الحيوانات التى تكون ذبحت بغير أمر الادارة المذكورة

---

(١) يلاحظ أن المادة لم تحصر الأنواع الممنوع بيعها حيث أطلقت فى نهاية الفقرة الأولى الحكم على جميع الأشياء المماثلة للانواع التى ذكرتها

وعلى ذلك يكون مسألة المنع فيما لم ينص عليه من مسائل التقدير الموكولة لفطنة القضاء

ومن يبيع أو يعرض للبيع فى محل عمومى حيواناً أو أكثر من الفصيلة البقرية (البقر والجاموس) فى جهة من الجهات التى تكون اقفلت فيها أسواق المواشى

٤٠٨ — فلو حصل بيع حيوان مصاب أو مشتبه فى اصابته كان البيع غير منعقد أى باطلاً بطلاناً أصلياً لأن الحيوانات المصابة أو المشتبه فى اصابتها مما لا يجوز التبايع فيه والتحريم هنا مقصود به النظام العام

فى بيع الاسلحة النارية والذخائر

٤٠٩ — ومما منع جواز الاتجار به محافظة على الأمن العام الاسلحة والذخائر فقد قررت المادة ١٢ من القانون الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ بأنه يجب على كل بائع أسلحة نارية الحصول على رخصة مخصوصة من ناظر الداخلية الذى له أن يعطى هذه الرخصة أو يرفض إعطاءها ويقرر ناظر الداخلية الشروط التى تعطى هذه الرخصة بمقتضاها

وقضت المادة الأولى من لائحة البوليس الصادرة بمقتضى القانون نمرة ٢٧ فى ٢٨ ابريل سنة ٩٠٥ بأنه لا يجوز الاتجار بالاسلحة والذخائر والادوات والمواد القابلة للانفجار المصرح بادخالها بمقتضى الاتفاقات التجارية الا للأشخاص الذين بيدهم رخصة من الحكومة وفى المخازن المعينة بالرخصة المذكورة

وهذه الرخصة شخصية وتصير لاغية متى صار التنازل عنها للغير

وجاء بالمادة الثانية بأنه يمكن للبوليس ضبط الأسلحة التى صار ادخالها ولو كانت مختومة أو مدموغة بمعرفة الحكومة المحليــة متى وجدها معرضة للبيع فى مخازن أو دكاكين خلاف المنوه عنها بنصوص المادة السابقة

وعلى ذلك يكون البيع الصادر من أشخاص غير منطبقة عليهم هذه الشروط بيعاً باطلاً لوروده على مبيع لا يجوز الاتجار به . ولكن المنع نسبى أى قاصر على البائع فقط

بيع البارود

٤١٠ — ويقضى القرار الصادر من نظارة الحربية فى ١٩ أغسطس سنة ١٨٩٢ بأنه لا يجوز لأى شخص ليس بيده رخصة خصوصية من نظارة الحربية أن يبيع باروداً مهما كان جنسه

وقد تنازلت الحكومة بتاريخ ٢ يناير سنة ١٩٠١ الى شركة الملح والصودا عن احتكار جلب وبيع البارود وملح البارود والبارود الخالى من الدخان . وبينت المادة (٣) من عقد الالتزام الأشخاص المصرح لهم بالبيع وهم مخزنجية الشون المصرح لهم بالبيع بلا رخصة شخصية والباعة بالقطاعى الذين يجب عليهم الحصول على رخصة تطلب بواسطة الشركة

ونص البند ١٢ من العقد المشار اليـــه على عدم جواز البيع من الشركة لغير الأشخاص المرخص لهم الاّ اذا تصرح لها بذلك كتابة من نظارة الداخلية

والمقصود بالمنع هنـــا احتكار الصنف . وهو منع نسبى أى قاصر على البائع فلا يتناول المشترى

وعلى هذا يجوز لكل انسان أن يشترى هذه الأشياء ولكنها تعتبر ممنوعة التجارة وغير قابلة للتعامل بها بالنسبة للبائعين متى كانوا من الأشخاص الغير المرخص لهم ببيعها

وهذا المنع مقصود به النظام العام لذلك كان كل بيع بغير واسطة الحكومة أو الملتزمين بالبيع غير منعقد

وقد اعتبر هذا المنع من النظام العام لأنه يترتب على الاحتكار أو اعطاء الامتياز نموّ ايرادات الحكومة فالاحتكار من الضرائب التى تعول عليها الحكومات فى دخلها وهكذا جميع الأشياء التى احتكرت الحكومة بيعها يمنع بيعها على غير الملتزمين ويكون بيعها بين الأفراد باطلاً باعتباره وارداً على شىء غير جائز — بودرى فقرة ١٠٧ ودالوز فقرة ١٠٨ مادة ١٥٩٨

٤١١ — قضت المادة الأولى من قرار الداخلية الرقيم ١٦ يونيه سنة ١٩١٢ بمنع بيع المحار فى جميع أنحاء القطر المصرى من أول مايو الى أول سبتمبر من كل سنة — بيع المحار

وقد فرضت المادة الثانية عقوبة جنائية على المخالف (غرامة لا تزيد عن ١٠٠ غرش وحبس لا يتجاوز أسبوعاً أو احدى العقوبتين)

فالبيع فى هذه الأثناء يرد على شىء غير جائز التعامل به . فلا ينعقد ولا يترتب على عدم انعقاده تعويض ما .

بيع الطيور ٤١٢ — وقد منع القانون نمرة ٩ لسنة ١٩١٢ بيع الطيور المبينة فى الملحق المرفق به (كالقنبر وأبى فصاده وأبى قردان وغيرها) أو تعريضها للبيع أو شراءها حية كانت أو ميتة وعاقب المخالف بعقوبة المخالفات وذلك بقصد وقاية الطيور النافعة للزراعة .

فهذه الطيور لا تصلح أن تكون محلاً للبيع أثناء المدة الممنوع فيها البيع وعلى ذلك تكون مما لا يقبل التعامل به

بيع الاشياء الاثرية ٤١٣ — صدر قانون نمرة ١٤ لسنة ١٩١٢ بيّن الأحكام والقواعد التى تجب مراعاتها فيما يجوز الاتجار بهِ من الأشياء الأثرية كما بيّن ما لا يجوز الاتجار به منها وقد اعتبر هذا القانون الآثار من أملاك الحكومة العامة ما عدا ما استثنى بموجب أحكامه وفرض عقاباً على من يبيعها أو يعرضها للبيع بغير الشروط المبينة فيهِ

فبيع شىء أثرى بغير مراعاة هذه الشروط لا ينعقد لأن الشىء مما لا يجوز التبايع فيه

الاتجار بالرقيق ٤١٤ — قضى الأمر العالى الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٨٩٦ بعدم جواز الاتجار بالرقيق وبيعه أو شرائه أو المقايضة عليه وقضى بعقوبة جنائية على من يرتكب ذلك فالنص صريح فى أنه من الأشياء التى لا تقبل التعامل بها

بيع الأشربة والمأكولات المغشوشة ٤١٥ — تقضى المادة ٢٢٩ من قانون العقوبات بمعاقبة كل من باع أو عرض للبيع أشربة أو جواهر أو أصناف مأكولات أو أدوية مع علمه أنها مغشوشة بواسطة خلطها بشىء مضر بالصحة ولو كان المشترى عالماً . فحينئذٍ لا ينعقد البيع لأن محله شىء غير جائز قانوناً

بيع النمرة المعروفة باللوترية ٤١٦ — وتعاقب المادة ٣٠٨ كل من وضع للبيع شيئاً من النمرة المعروفة باللوترى بدون اذن الحكومة وتضبط أيضاً لجانب الحكومة جميع الأمتعة والنقود الموضوعة فى النمرة فكل بيع وارد على شىء من هذا القبيل بغير اذن الحكومة يكون بيعاً باطلاً أصلاً ولا تترتب عليه حقوق ولا واجبات لأن المبيع مما لا يقبل التعامل به

التبايع بالبضاعة الممنوع ادخالها ٤١٧ — ويعتبر كذلك من غير الجائز التبايع فيه البضائع الممنوع ادخالها للقطر بمقتضى قوانين الجمارك وكل اتفاق من بيع أو غيره خاص بها يكون باطلاً أصلاً لتعلق ذلك بالنظام العام

وينبنى على هذا البطلان عدم الزام أحد المتعاقدين بتنفيذ ما تعهد به ان لم يكن نفذه وان كان نفذه فلا يقبل من المشترى أن يطلب استرداد الثمن ولا من البائع المطالبة بدفعه . أما اذا ثبت أن البائع سليم النية لا يعرف مصدر البضائع المباعة بمعرفته فيجوز له طلب الثمن — تعليقات داللوز فقرة ١٥١ — ١٥٦ مادة ١١٣٣

كما أن للمشترى الحسن النية أن يرد الشىء المبيع ويسترد الثمن الذى دفعه — « فقرة ١٥٨ من نفس الكتاب »

في بيع شىء مشترط فيه الحصول على رخصة

٤١٨ — أحياناً لا يباح الاتجار ببعض الأشياء أو المحلات الا بناء على رخصة من الحكومة فهل بيع شىء من ذلك (كبيع محل لا يجوز تشغيله الا برخصة مثلاً) يكون غير جائز باعتباره مما لا يقبل التعامل به لأنه يشترط أن يحصل المشترى على رخصة خاصة به وعلى ذلك يكون باطلاً بطلاناً أصلياً اذا رفض اعطاء الرخصة للمشترى ؟ والجواب ان البيع صحيح . فان اشتراط أخذ رخصة لتشغيل محل لا يجعل هذا المحل ممنوع التجارة وغير قابل للتعامل به وانما يجعل البيع معلقاً على شرط الحصول على الرخصة

فاذا لم يتم الشرط وهو الحصول على الرخصة اعتبر البيع كأن لم يكن وسرت عليه أحكام البيع تحت شرط

واذا سعى أحد المتعاقدين فى منع الرخصة فلم تعط بفعله كان للمتعاقد الآخر أن يطالبه بتعويض الضرر المتسبب له عن فعله — بودرى المطول فقرة ١٠٧ ص ٩٠

المبحث الثالث — فى بيع الحقوق الذاتية

٤١٩ — من الأشياء ما لا يقبل التعامل به لأنه يعتبر من الحقوق الذاتية للانسان فلا يجوز لغيره استعمالها كما لا يصح لصاحبها التنازل عنها . فمن ذلك ما يأتى :

في بيع الرتب والنياشين

٤٢٠ — تعتبر الرتب والنياشين من الأشياء الغير الجائز التبايع فيها ولو أن ذلك لم يكن منصوصاً عليه قانوناً لأنها مميزات شخصية ليس لمن منحت له أن يتنازل عنها للغير ولا أن يسمح للغير باستعمالها وتعاقب المادة ١٣٧ عقوبات بالحبس مدة لا تزيد

عن سنة وبغرامة لا تتجاوز عشرين جنيهاً مصرياً كل من لبس علانية كسوة رسمية خاصة برتبة أعلى من رتبته أو لبس مطلق كسوة رسمية بغير أن يكون حائزاً لرتبة أو تقلد نيشاناً من غير أن يكون حائزاً له

٤٢١ — وقد حكم بأن إعطاء الرتب والنياشين مسألة مرتبطة بالنظام العمومى فلا يجوز بيعها ولا شراؤها وكل مبلغ دفع للحصول عليها يعد رشوة اذا كان دفع لموظف . وأما اذا دفع لغير موظف فدفعه محرم قانوناً لمخالفته النظام العمومى كذلك التعهد بدفع مال مقابل السعى فى الحصول على رتبة أو نيشان يعد باطلاً لمخالفته النظام — « استئناف أهلى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٥ وجلاد مادة ٩٤ »

بيع المداليات والجوائز

٤٢٢ — أما المداليات والجوائز التى تعطى فى المعارض أو المسابقات فتعتبر موجهة للمحلات والبيوت التجارية التى استحقتها على ما عرضت من صناعة أو عمل جليل وغير متعلقة بشخص صاحبها. وعلى هذا اذا باع صاحب البيت التجارى محل تجارته جاز له التنازل عن استعمال هذه المداليات وكان للمتنازل اليه أن ينتفع بها فى اعلاناته التجارية

أما النياشين والرتب المقصود بها شخص التاجر فهى ذاتية ومثل التاجر فيها مثل أى انسان آخر على ان نفس المكافآت والجوائز التجارية لا يجوز التنازل عنها الاّ لنفس مشترى المحل التجارى فلا يجوز بيع محل التجارة لشخص و بيع المداليات والجوائز لشخص آخر — راجع بودرى المطول فقرة ١٠٨

التبايع بالحقوق المتعلقة بذات الامير

٤٢٣ — ومما لايجوز التبايع فيه الحقوق المتعلقة بذات أمير البلاد كحق تعيين الموظفين وتوجيه الرتب ومنح النياشين واقامة العدل فله وحده ولمن أنابهم عنه حق التصرف فيها

ولكن لايجوز للافراد أن يتبايعوها فيما بينهم وكل اتفاق بين الأفراد بشأن الحصول على شىء من ذلك يكون باطلاً — قارن فى ذلك تعليقات دالوز ١٩ و ٢٠ مادة ١١٢٨ فرنساوى

التنازل عن النفقات

٤٢٤ — تعتبر النفقة من الحقوق الذاتية التى لا يجوز للمنفق عليه التنازل عنها

لأنها انما فرضت ليقتات منها وليسد بها رمقه فلا يجوز له حينئذٍ أن يتنازل عنها لأجنبي خوف أن ينفد ما أخذه من مقابل لهذا التنازل فيصبح أشد عوزاً وأكثر احتياجاً للمطالبة بنفقة جديدة بينما يكون من تجب عليه النفقة يدفعها الى آخر لا تجب عليه نفقته وهو الأجنبي

أما اذا حصل التنازل عن النفقة للبائع مقابل ما يورده من الغذاء أو الملبس فالتنازل صحيح لأن النفقة انما أعدت لذلك — بودرى المطول فقرة ١١٤

٤٢٥ — ولهذه الاعتبارات قضى الأمر العالى الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٨٩٠ بمنع التنازل وتوقيع الحجز على المبالغ التى يستحق دفعها من طرف الحكومة أو مصالحها بصفة معاش أو ماهية للموظف أو المستخدم ملكياً كان أو عسكرياً أو بصفة مرتبات اضافية الاَّ لسداد ما يكون مطلوباً للحكومة من الموظف أو المستخدم بسبب ما يتعلق باداء وظيفته أو لوفاء نفقة محكوم بها من جهة الاختصاص

وفى كلتا الحالتين لا يتجاوز مقدار ما يحجز ربع معاش أو ماهية الموظف أو المستخدم ملكياً كان أو عسكرياً أو ربع المرتبات الاضافية — مادة أولى

ويشمل الحكم السابق المعاشات التى تصرف للأرامل والأيتام أو غيرهم من المستحقين وكذلك المكافآت التى تعطى فى حالة الرفت أو التى تقوم مقام المعاش — « مادة ثانية »

٤٢٦ — ويؤخذ من نص هاتين المادتين أن بيع الحق فى المعاش أو الماهية غير جائز ولكن المراد بهذا المنع هى المصلحة الخاصة

٤٢٧ — والأحكام السابقة يراد بها النفقة المقررة شرعاً أو قانوناً . فاذا كانت النفقة مقررة برضاء شخص لآخر لم تجب عليه نفقته شرعاً فالتنازل عنها جائز سواء كان تقريرها بمقابل أو بغير مقابل لأنها تدخل تحت الحكم العام ولا موجب لاخراجها منه حيث لا نص على التحريم بل بالعكس نص القانون (مادة ٤٣٦ مرافعات أهلى) على عدم جواز وضع الحجز على النفقات ولم ينص على عدم التنازل عنها ومن المقرر

أن عدم الحجز لا يترتب عليه عدم التنازل وان كان العكس صحيحاً أى ان عدم التنازل يستوجب عدم الحجز وذلك لأن الشارع بحمايته شخصاً من نتائج الحجز وهو البيع الجبرى لم يرد أن يحرمه من التصرفات التى له الحق فى اجرائها باختياره فى ماله وعلى هذا يجوز التنازل عن كل نفقة أخرى غير النفقات التى تحكم بها جهات الاختصاص سواء كان نفس الحق أو المرتب الشهرى

٤٢٨ — ومن البديهى ان الاستحقاق فى الوقف هو من الحقوق العادية وليس من قبيل النفقة ولا غيرها مما لا يجوز الحجز عليه الا بمقادير معينة — محكمة مصر الأهلية ٧ يوليو سنة ٩٠٣ الاستقلال ٢ ص ٢٨٩ وجلاد مادة ٤٣٦ مرافعات

وعلى ذلك فيجوز التنازل عنه للغير

٤٢٩ — وحكم بأنه يجوز للمستحق أن يتصرف فى حصته من ريع الوقف بكامل التصرفات وأن يحولها للغير بدون أخذ رضاء الناظر[1] وذلك لأن المستحق ليس بدائن للوقف وانما له حق شخصى وخاص به فى النصيب الذى يستحقه فى الريع وناظر الوقف ليس الا وكيلاً يحافظ على مصلحة المستحقين ويحفظ الغلة فى يده لحسابهم — مختلط ٩ يونيه سنة ٩٠٤ بسنة ١٦ ص ٣٢٠ وفقرة ٤٥٥٦ مجموعة ثانية

بيع تذاكر الاياب وتذاكر الاشتراك فى السكة الحديد

٤٣٠ — تقضى المادة التاسعة من القرار الصادر من نظارة الاشغال العمومية فى ٩ ديسمبر سنة ٩٠٩ بأنه لا يجوز بيع تذاكر الاياب أو تذاكر المواسم أو تذاكر الاشتراك وغير ذلك من الأوراق المخولة حاملها حقاً شخصياً بالسفر أو التصرف بتلك التذاكر والاوراق بأى وجه من الوجوه أو عرضها للبيع

ولا يجوز لأحد أن يسافر أو يقبل على السفر بتذكرة أو اذن يعطى لشخص آخر خاصاً به دون غيره

٤٣١ — فحرم بيع هذه الاشياء لأنها تعتبر من الحقوق الذاتية المتعلقة بشخص مالكها . ولكن المنع مقصود به هنا النظام العام لأن اللائحة فرضت عقوبة على من يخالف أحكامها وعلى ذلك فالمبيع يعتبر مما لا يقبل التعامل به اذ هو شئ غير جائز قانوناً

(١) يلاحظ ان ذلك بحسب القانون المختلط

٤٣٢ — والمنع يشمل التنازل بمقابل كالبيع أو بغير مقابل كالتبرع فقد نهت المادة عن التصرف بأى وجه من الوجوه — قارن فى ذلك أيضا بلانيول فقرة ١٣٧٢ ج ٢

بيع تذاكر المراسح المخفضة القيمة

٤٣٣ — تعتبر كذلك من الحقوق الذاتية تذاكر التياترات المخفضة القيمة فانها معدودة من الاشياء المتعلقة بذات الشخص الممنوحة له بحيث لا يجوز لغيره أن يستعملها وينتفع بها وحينئذٍ يكون بيعها باطلاً. وانما يشترط ان يكون النهى عن بيعها مبيناً على نفس التذكرة ليتضح قصد مانحها ويكون ذلك عبارة عن اتفاق بين المتعاقدين من الواجب على حامل التذكرة اتباعه لأن الاتفاق قانون المتعاقدين — بودرى المطول فقرة ١١٣

التنازل عن التزام الاعمال العامة

٤٣٤ — لا يجوز للملتزم بعض الأعمال العمومية أن يتنازل عنها للغير بغير رضاء المصلحة المختصة فانه ينظر فى عقود الالتزامات التى من هذا القبيل للأهلية الذاتية والثقة الشخصية — تعليقات داللوز فقرة ١٣٣ مادة ١٥٩٨

التنازل عن امتياز النشر فى جريدة

٤٣٥ — على أن الامتياز فى الاعمال الحرة كالامتياز الذى تمنحه جريدة لشخص بأن تنشر له دون غيره بعض اعلانات بصحيفة معينة منهـا (فى القضية المنظورة الصحيفة الرابعة) لا يعد حقاً متعلقاً بذات الانسان وعليه يجوز التنازل عن هذا الامتياز للغير. وليس للجريدة أن تمتنع عن نشر الاعلانات التى يقدمها لها المتنازل اليه خصوصاً اذا لم ينص فى الشروط المعقودة بين الجريدة وصاحب الامتياز على عدم جواز التنازل عنه — ليون ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ فقرة ١٣٤ تعليقات داللوز مادة ١٥٩٨ والباندكت فقرة ٦٦٢ بيع ج ٥٩

المبحث الرابع — فى منع البيع بمقتضى اتفاق خاص بين المتعاقدين

فى اشتراط عدم جواز البيع بين المتعاقدين

٤٣٦ — يشاهد أحياناً أن المتعاقدين يتفقان على عدم التصرف فى شىء وبالأخص على عدم بيع المبيع وبذلك يُحرم المشترى من التصرف فى ملكه الذى اشتراه فهل هذا الاتفاق صحيح وجائز قانوناً ؟

والجواب ان ذلك غير جائز لأن نظام الملكية والحقوق المترتبة عليها من المسائل

المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على خلافها عملاً بنص المادة ٢٨ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وذلك لأنه من طبيعة الملك أن يكون لمالكه حق التصرف المطلق فيه بحسب ارادته (مادة ١١ مدنى) فيبيعه المالك متى شاء ويجرى فيه ما يشاء من سائر التصرفات

٤٣٧ — فشرط عدم جواز بيع المبيع شرط باطل لمخالفته للنظام العام

٤٣٨ — وتطبيقاً لذلك حكم بأن قاعدة حرية التصرف فى الأموال بمعرفة مالكها هى قاعدة متعلقة بالنظام العام وعلى ذلك لا يجوز مخالفتها فيما هو خارج عن الحدود المباحة قانوناً — محكمة النقض بفرنسا ٢٤ يناير سنة ١٨٩٩ تعليقاً على مادة ٦ من مجموعة قوانين دالloز الصغيرة

٤٣٩ — وقد حكم بأن النص فى عقد على منع المدين من التصرف فى املاكه لا قيمة له قانوناً بحسب القوانين المصرية ولو كان العقد مسجلاً . وعلى كل حال فالنهى عن البيع لا يمنع الدائن من أخذ اختصاص على العقار والتمسك به « مختلط ١٣ مايو سنة ٩٠٣ سنة ١٥ ص ٢٩٢ وفقرة ٤٣٢٩ مجموعة ثانية »

٤٤٠ — اما اذا جعل النهى عن البيع بصفة شرط جزائى لضمان اداء الثمن كان هذا الشرط جائزاً ومنطبقاً على نص المادة ٩٨ أهلى (١٥٢ مختلط)

فقد حكم بأنه اذا ذكر فى عقـد بيع « أنه طالما أن المشترى لم يدفع الثمن بأكمله فليس له أن يتنازل عن البيع أو يهبه أو يرهنه كله أو بعضه ولا أن يرتب عليه أى حق عينى بغير اذن كتابى من البائع والاّ استحق دفع المبلغ الباقى من الثمن» فان اشتراط حلول الأجل فى دفع الثمن عبارة عن جزاء حقيقى منصوص عليه فى العقد ولا يجوز للقاضى أن يعفى المشترى منه — مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ س ٩ ص ٣٢٦ وفقرة ٤٦٩٢ مجموعة أولى

٤٤١ — وشرط عدم البيع باطل أيضاً بحسب أحكام الشريعة الاسلامية فقد ورد فى فتح القدير[1] أن البيع بشرط أن لا يبيع المشترى الدابة المبيعة يكون البيع فيه

---

(١) فتح القدير ص ٢١٦ ج ٥

صحيحاً والشرط باطلاً لأنهُ لا يقتضيه العقد اذ العقد يقتضى الاطلاق والتخيير فى التصرف كما أن المشترى يتضرر من هذا الشرط حيث يتعذر عليه التصرف فى ملكه

أما اذا قصد بالنهى ضمان اداء الثمن فالظاهر أنه جائز لأن كل شرط يلائم العقد كالشرط الذى يتضمن التوثق بالثمن جائز اذ الثمن من موجبات العقد والشرط مؤكد للموجب فهو شرط صحيح وقد قالوا أيضاً بأنه اذا اشتُرط على المشترى أن يقدم رهناً ثم امتنع بعد ذلك عن تسليم الرهن فلا يجبر على التسليم وانما يؤمر بدفع الثمن وهذا يشبه الحالة التى حكمت فيها المحكمة المختلطة — انظر فقرة ٤٤٠ السابقة

في منع اسقاط حق الايجار

٤٤٢ — الأصل أن للمستأجر ما لم يوجد شرط مخالف لذلك أن يسقط حقه فى الايجار (أى يحوله) لأن جميع الحقوق مما يجوز التبايع فيها — ٣٦٦ أهلى و ٤٤٩ مختلط والاستئناف المختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ سنة ٨ ص ٣٠ .

ولكن المنع من التأجير يقتضى المنع من الاسقاط (مادة ٣٦٧ أهلى و ٤٥٠ مختلط) فاذا اتفق المتعاقدان على أن المستأجر لا يؤجر من باطنه كان ذلك نهياً له أيضاً عن اسقاط حقه فى الايجار للغير

٤٤٣ — والمقصود بالاسقاط هو تنازل المستأجر عن حقه فى الاجارة بما لها من الحقوق وما عليها من الالتزامات وهو عبارة عن حوالة بالدين وتجرى فيه أحكامها « جرانمولان فقرة ٤٠٣ »

ولذلك فالمشترى يحل محل المستأجر فيما له وما عليه ولا يعتبر ذلك اجارة جديدة « بودان فقرة ٥٣٢ ص ٣٧٤ كتاب البيع والاجارة »

استثناء بيع الجدك

٤٤٤ — على أن القانون قد استثنى من ذلك حالة بيع الجدك[1]

فاذا كان فى المكان المؤجر جدك جعله صاحبه معداً للتجارة أو الصناعة ودعت ضرورة الأحوال لبيعه جاز للمحكمة ابقاء الأيجار للمشترى بعد النظر فى التأمينات التى يقدمها ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقى — مادة ٢٦٧ مدنى أهلى .

وصورته أن يكون لزيد دكان فأجره لخالد ومنعه من التأجير من باطنه . أقام خالد

---

(١) انظر تعريف الجدك فى فقرة ٣٨٨ السابقة

فى الدكان جدكاً معداً للصناعة كآلة نسيج أو عصير ثم اضطر لبيعه بما له من الحق فى التصرف فيه فباعه الى بكر واسقط له كذلك حقه فى الايجار حتى يتيسر له الانتفاع بالجدك ففى هذه الحالة يجوز للمحكمة ابقاء الاجارة لمشترى الجدك (بكر) بعد توفر الشروط المنصوص عليها فى القانون[1]

٤٤٥ — والظاهر أن السبب فى ادخال هذا النص هو رغبة الشارع فى أن لا يكون المنع مطلقاً كما هى الحال فى القانون الفرنساوى اذ الفقرة الثالثة من مادة ١٧١٧ منه تقضى بأن شرط منع التأجير أو الاسقاط هو شرط محتم أى يجب نفاذه بغير مراعاة لما اذا كان ينشأ أو لا ينشأ عنه فائدة للمتعاقدين خصوصاً وان بعض الشراح يرى تخويل المحاكم حق الحكم بصحة التحويل أو الأجارة من الباطن اذا لم يكن للمؤجر وجه فى التمسك بشرط منع التأجير أو الاسقاط . أما أحكام المحاكم فى فرنسا فهى على خلاف ذلك — انظر بودان ص ٣٧٧ كتاب البيع والاجارة

٤٤٦ — فدفعاً للخلاف عنى القانون بالنص على هذه الحالة مراعاة للعرف الجارى بمصر ودفعاً للضرر فان الجدك يكون غالباً فى الحوانيت الموقوفة وقد تدعو الحال لبيعه خصوصاً اذا كان الورثة لا يتعاطون صناعة ابيهم وقد لا يرضى المشترى أن يشترى بغير حاوله محل المستأجر الاصلى فى الايجار لصقع المكان وملاءمته لهذا أجاز القانون بيع الجدك وخول للقاضى حق النظر فى ابقاء الأيجار أو فسخه

٤٤٧ — ويلاحظ أن مالك المحل المؤجر فى هذه الحالة غير مالك الجدك فاذا كان مالكهما واحداً فالبيع يكون عبارة عن بيع محل تجارة . مثال ذلك بيع قهوة فان البيع يشمل الادوات والدواليب المستعملة بهـا كما يشمل بيع اسم المحل وترك الزبائن وهكذا

---

(١) انظر صورة أخرى لهذه المسألة فى شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٢٧٩

الفرع الثالث — فى شرط تقوم المبيع

عدم انعقاد البيع فيما لا قيمة له

٤٤٨ — من شروط انعقاد البيع أن يكون المبيع متقوماً — وذلك هو الشرط الثالث من شروط المبيع التى بيناها فى فقرة ٢٦٧ — فعدم التقوم مانع من انعقاد البيع

٤٤٩ — ولقد نصت المادة ٢٥٩ أهلى (٣٢٦ مختلط) على ذلك فقالت ان البيع لا ينعقد فيما لا قيمة له يمكن تقديرها . وحيث كان الظاهر أن هذا النص مأخوذ من الشريعة الاسلامية فلننظر فيما يريده الفقهاء بالتقوم

معنى التقوم والمراد به

٤٥٠ — فالتقوم فى أصطلاح الفقهاء يستعمل فى معنيين :

الأول — بمعنى ما يباح الانتفاع به شرعاً ولذلك يسمى التقوم الشرعى مثال ذلك الخمر والخنزير فهى فى ذاتها مال ولكنها محرمة شرعاً فتعتبر غير متقومة عند الشرعيين ولا تصلح حينئذٍ أن تكون محلاً للبيع وان كانت متقومة عند غيرهم وهذا المعنى ليس هو المراد قانوناً لأن هذا البحث يدخل فى مبحث ما يجوز بيعه وما لا يجوز بحسب القانون وقد أسهبنا الكلام عليه فى الفرع السابق

الثانى — أن يكون التقوم بمعنى المال المحرز ويسمى التقوم العرفى فغير المحرز كالصيد والحشيش ليس بمتقوم ولا بد أن يكون هذا هو المراد هنا قانوناً فالسمك فى البحر والطير فى الهواء مما لا يمكنه تقدير قيمته بغير احرازه فاذا اصطيد واحرز صار متقوماً لأنه يمكنه حينئذٍ تقدير قيمته — انظر ابن عابدين ج ٤ ص ١٠٨ والمجلة مادة ١٢٧

٤٥١ — يفهم أيضاً من عبارة القانون « ما لا قيمة له يمكن تقديرها » ان الأشياء الحقيرة التافهة كحبة الحنطة والتراب القليل ما دام فى محله[1] لا تصلح أن تكون محلاً للبيع

٤٥٢ — يستخلص مما تقدم أن الأشياء الغير المحرزة والحقيرة التافهة لا تصلح

---

(١) نقل هذا المثل عن ابن عابدين ص ١٠٥ ج ٤ حيث ذكره المصنف مثلا لما ليس بمال شرعاً وقيدوه بالتراب القليل الباقى فى محله لأنه قد يعرض له بالنقل ما يصير به مالاً معتبراً ومثله الماء

أن تكون محلاً للبيع لأنها مما لا قيمة له يمكن تقديرها وحينئذٍ يفقد البيع أحد أركانه ومتى فقد ركنه فلا ينعقد

٤٥٣ — ولقد ظن الاستاذ «دوهلس» أن الغرض من هذا النص هو تقدير القيمة نقداً لامكان تقدير الثمن الذى يجب أن يكون مبلغاً من النقود اذ لا بيع بلا ثمن (١) ولكنا نقول بأن هذه نتيجة من النتائج المترتبة على تقوم المبيع لا أنها المقصود بالنص لأن قصد الشارع هنا هو بيان الأحوال التى ينعقد فيها البيع أو لا ينعقد بالنسبة للمبيع

والأخذ بالتأويل المشار اليه يكون من جهة أخرى مخرجاً للمقايضة حيث يعطى أحد المتعاقدين للآخر شيئاً بدل ما أخذ منه (مادة ٣٥٦ أهلى) ولا نزاع فى أن حكم المادة ٢٥٩ القاضية باشتراط التقوم سارية على المقايضة (مادة ٣٦٠)

أما ما استخلصناه من أقوال الفقهاء فمنطبق على المقايضة كما هو منطبق على البيع اذ لا تجوز المقايضة بشىء غير محرز كسمك فى بحر فى مقابل شىء محرز كأردب قمح

فى القيمة المعنوية

٤٥٤ — وليس المراد بالقيمة هنا القيمة المادية فقط بل القيمة المعنوية أيضاً فالأشياء التى يقتنيها الانسان لمزايا تاريخية أو أثرية أو غيرها كمكاتيب مشاهير الرجال التى بخط أيديهم وأسلحة الأبطال ومتاعهم وغير ذلك مما تعظم قيمته المعنوية وان كانت قيمته المادية حقيرة تصلح أن تكون محلاً للبيع بل وأحياناً تباع بقيم باهظة — « مستفاد من دوهلس فقرة ٧٢ ج ٤ ص ٤٥١ »

الفرع الرابع — فى شرط القدرة على تسليم المبيع

عدم انعقاد البيع فيما لا يمكن تسليمه

٤٥٥ — نصت المادة ٢٥٩ مدنى أهلى (٣٢٦ مختلط) على أن البيع لا ينعقد فيما لا يمكن تسليمه بحسب طبعه — وقد أخذ كذلك هذا النص عن الشريعة فانها تشترط فى المبيع أن يكون مقدور التسليم — راجع مادة ٢٨٨ مرشد الحيران ١٩٨ مجلة

فيبطل بيع ما لا قدرة على تسليمه كبيع سفينة غرقت ولا يمكن اخراجها من البحر

---

(١) انظر دوهلس فقرة ٧٢ بيع ج ٤

أو حيوان شارد لا يمكن مسكه وتسليمه . أو طير فى الهواء اذا كان يطير ولا يرجع . وكذلك السمك قبل الصيد . فان كان الطير يطير ويرجع فى وكره عند البائع جاز بيعه لأنه باع ما يملكه ويمكن أخذه وتسليمه وهكذا الحكم فى باقى المسائل — راجع زيلعى ص ٤٥ ج ٤ والمجلة مادة ٢٠٩

والماء والهواء قبل الاحراز مما لا يقبل التسليم بحسب طبعه

٤٥٦ — أما الحقوق المعنوية فكالحقوق المادية قابلة للتسليم وقد بين القانون طريقة تسليمها فى مادة ٢٧٣ أهلى (٣٤٤ مختلط) فلتراجع

الفرع الخامس — فى شرط تعيين المبيع

وجوب تعيين المبيع لصحة انعقاد البيع

٤٥٧ — يجب لانعقاد البيع أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين فمثل البيع مثل سائر التعهدات تسرى عليه أحكام المادة ٩٥ من القانون المدنى (١٤٩ مختلط) التى تشترط فى التعهدات القاضية باعطاء شىء لزوم تعيين الشىء المعقود عليه ولو بنوعه وأن يكون من الممكن بيان صنفه بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال[1] وعلى ذلك اذا لم يكن المبيع معيناً ولا قابلاً للتعيين فالبيع لا ينعقد

وهذا هو الشرط الخامس من شروط المبيع التى بيناها فى فقرة ٢٦٧ السابقة

حكمة ذلك

٤٥٨ — وحكمة ذلك أن التعيين يبين ما للمتعاقدين من الفائدة فى التعاقد ويدل على أن الارتباط القانونى واقع على شىء جدّى صالح لأن يتعلق به رضاء صحيح كما ان التعيين ناف للجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع

وبيان ذلك أن الارتباط القانونى اذا كان ذا مرونة تسمح للبائع أن يبرأ بأدائه بشىء حقير تافه لا غرم فيه عليه ولا غنم منه للمشترى كان فى حكم العدم ومتى عدم الارتباط القانونى عدم التعهد . والرضا لا يمكن أن يتعلق بمجهول ولكنه يتعلق بشىء

---

(١) هذه عبارة النص الفرنساوى للمادة أما عبارة النص العربى فهى : وان يكون صنفه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الاحوال وفضلنا عبارة النص الفرنساوى لانها أظهر فى الدلالة على مراد الشارع اذ يكفى كما سترى أن يكون الشىء قابلا للتعيين بحسب الظروف والأحوال

معين يجب على البائع تسليمه بحسب تعيينه فتنتفى بذلك الجهـالة الفاحشة المؤدية للنزاع بين المتعاقدين

مثال ذلك بيع حيوان أو نبات فالشىء المعقود عليه وهو الحيوان مثلاً يشمل أنواعاً متنوعة من الحيوانات ويدخل فى مضمونه ما عظمت قيمته منها وما حقرت كما يشمل النافع والضار وهكذا مما لا حصر له وعلى ذلك يجوز للبائع أن يبرأ بتسليم المشترى حشرة من الحشرات

كذلك بيع قمح أو عسل بغير بيان كميتـه فالمبيع وان كان معيناً بنوعه ولكنه يتناول مقادير لا حصر لها فيجوز للبائع أن يبرأ بتسليمه حبة من القمح أو نقطة من العسل أى شيئاً حقيراً لا كلفة عليه فيه ولا فائدة منه للمشترى . ففى هذه الأحوال يكون البيع مرسلاً أى مطلقاً من غير تقييد . وحينئذٍ يعتبر أن لا بيع خصوصاً وأن الرضاء لا يمكن أن يتعلق بالمبيع لأنه غير معين كما أن جهالته مفضية الى النزاع بين المتعاقدين فالبائع يريد الوفاء بأدنى قيمة والمشترى يطلب اكبر قيمة

فتفادياً من كل ذلك شرط القانون تعيين المبيع — مستفاد من بودرى الوجيز فقرة ٨٤٣ ج ٢ وبلانيول فقرة ١٠٠١ ج ٢ وتعليقات داللوز فقرة ١ مادة ١١٢٩ وابن عابدين ج ٤ ص ٢١ و ٢٢

التعيين بالنوع كاف

٤٥٩ — ولكنه ليس من اللازم أن يكون التعيين مخصصاً لذات الشىء أى وارداً على شىء معين بالذات كبيع المنزل الكائن بشارع كذا نمرة كذا المحدد بحدود كذا . أو بيع الحصان الذى سنه وصفته واسمه كذا . وهكذا اذ التعيين بالنوع كاف كما صرح بذلك القانون

٤٦٠ — ولكن لما كان الغرض تضييق دائرة الارتباط القانونى بما لا يترك للبائع فرجة غير محددة تسمح له بالوفاء بأدنى قيمة وتحديده بما ينفى الجهالة الفاحشة قصرت المادة ٢٦١ أهلى (٣٢٨ مختلط) التعيين بالنوع على الاشياء التى يقوم أحدها مقام الآخر وبعبارة أخرى الأشياء المثلية[1] كالتبن والقمح والبيض وغيره

---

(١) المثلى ما يوجد له مثل فى المتجر ولا تتفاوت آحاده تفاوتاً يعتد به (مادة ٣٠٥ مرشد الحيران)

فخرج بذلك الاشياء التى لا يقوم أحدها مقام الآخر أى الاشياء القيمية كالخيل والأراضي والمنازل وغيرها فان آحادها تتفاوت فى القيمة تفاوتاً يعتد به فمن الخيل الجواد المعد للسباق والحصان المعد لجر الأثقال . ومنها صغير السن وكبيره . ومنها الهزيل والسمين . ومن المنازل القصر الفخيم والبيت الحقير وهكذا

٤٦١ — وقد اقتضت المادة أيضاً تعريف قدر المبيع المبين نوعه بالوجه الكافى عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضاء المتعاقدين المبنى عليه صحيحاً . وذلك دفعاً لما قدمنا من احتمال براءة البائع بتقديمه شيئاً حقيراً . فاذا بيع فحم وجب بيان قدره وزناً . واذا بيع قمح وجب بيان قدره كيلاً مثلاً . وهكذا حتى لا يتأتى ان يبرأ البائع بتقديمه قطعة فحم أو حبة قمح

٤٦٢ — يستخلص مما تقدم أنه يجب لانعقاد البيع تعيين المبيع

ا — وان التعيين بالذات ليس ضرورياً

ب — وأن التعيين بالنوع كاف ولكنه لا يكون الاَّ فى المثليات بشرط تعريف المبيع بالوجه الكافى عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً فيما بعد أو يقاس أو يوزن أو يكال

٤٦٣ — فاذا كان المبيع غير معين كان البيع باطلاً بطلاناً أصلياً

ويعتبر المبيع غير معين :

ا — اذا عين بجنسه فقط كحيوان أو نبات بغير بيان نوعه

ب — أو بنوعه فقط ولكن فى شيء قيمى كحصان أو منزل

ج — أو بنوعه فقط فى عددى أو كيلى أو موزون أو مقيس بغير بيان قدره وكميته كقمح أو فحم أو عسل.

قابلية المبيع للتعيين

٤٦٤ — على أن تقدير الشيء بحسب صنفه أو قدره تقديراً تاماً ليس بلازم فيكفى أن يكون الصنف ممكناً بيانه بكيفية تمنع الاشتباه بحسب الأحوال وأن يكون القدر معرفاً بالوجه الكافى — مادة ٩٥ و ٢٦١ أهلى و ١٤٩ و ٣٢٨ مختلط

فاذا أغفل المتعاقدان ذكر جميع البيانات اللازمة لتحديد الصنف والقدر ولكن

كان من المتيسر تحديدها بحسب الظروف والأحوال أو من مقتضى شروط العقد كان البيع صحيحاً . ولذلك قلنا إنه يجب أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين

مثال ذلك بيع التبن اللازم لعلف حصان أو الفحم اللازم لتشغيل آلة بخارية مدة سنة . فالكمية هنا غير معينة المقدار ولكنها قابلة للتعيين اذ من الممكن معرفة ما يأكله الحصان وما تستهلكه الآلة البخارية من الفحم بالتقريب كما أنه يمكن معرفة صنف الفحم وذلك من معاينة نوع الآلة البخارية وقوتها .

٤٦٥ — وأغلب البيوع التجارية هى من قبيل الأشياء المعينة بنوعها ولا تعين بذاتها الا بعد ارسالها أو عند تسليمها . فاذا كانت شروط العقد وظروف الاحوال أو العرف الجارى تسمح بتعيين الشىء المبيع كان العقد صحيحاً باعتباره وارداً على شىء قابل للتعيين

٤٦٦ — وتقدير قابلية الشىء للتعيين هى من مسائل التقدير التى من اختصاص القاضى الفصل فيها بحسب ظروف كل حالة وقصد المتعاقدين منها والعرف الجارى بشأنها

٤٦٧ — وقد حكم بأن بيع بضائع يقتضى تسليمها على دفعات متوالية ومبين الحد الأدنى لكل دفعة منها لايكون باطلاً لعدم تعيين المبيع اذا كانت مجموع شروط العقد تسمح بتعيين الحد الأقصى وتفيد بالأخص أن تعهد البائع يجب أن يكون محدداً بحسب احتياجات التجارة ومايلزم لمحل المشترى — تعليقات داللوز فقرة ١٥ مادة ١١٢٩ ف

٤٦٨ — ان كان الشىء المبيع معيناً بذاته وجب تسليمه بحسب تعيينه — فى صنف المبيع الواجب تسليمه

وأما الاشياء المثلية كالقمح والقطن وغيرها المعينة بنوعها بغير تحديد صنفها تحديداً دقيقاً فواجب على البائع تسليمها من الصنف الوسط أى لا الأجود ولا الأردأ وبعبارة أخرى لا الصنف الأول ولا الصنف الأخير

فاذا باع شخص مائة أردب من القمح بثمن معلوم للأردب صح البيع ووجب تسليمه من الصنف الوسط وإذا باع مائة قنطار من القطن وجب تسليمها من القطن

الوسط وهذا ما جرى عليه العمل فى البورصة فانه من المتفق عليه تسليم القطن من نوع ومرتبة معينين إذا لم يوجد شرط خاص — وكذلك الحال بالنسبة للحاصلات التى تباع فى البورصة وكل ذلك مبين بلوائحها

أما إذا باع حصاناً معيناً بذاته فواجب عليه تسليمه بعينه — انظر ايضاً دوهلس فقرة ٧٣ ج ٤

٤٦٩ — ولقد أحسن القانون المصرى بقصره حالة التعيين بالنوع على الاشياء المثلية ومخالفته فى ذلك القانون الفرنساوى الذى جاء نصه فى مادة (١١٢٩) عاماً بحيث يشمل التعيين بالنوع الاشياء القيمية كما يشمل الاشياء المثلية مع أن التعيين بالنوع ليس بكاف مطلقاً فى الاشياء القيمية التى تتفاوت افرادها تفاوتاً عظيماً كالخيل والبغال والحمير والدور وغيرها ولهذا قال بعض شراحه بأنه يشترط ان لا تفترق الاشياء القيمية عن بعضها افتراقاً كبيراً حتى يعتبر التعيين بالنوع — تعليقات داللوز فقرة ٤ مادة ١١٢٩ .

٤٧٠ — وتعيين كل شيء يكون بحسبه . فالدار بموقعها ومشتملاتها وحدودها . والأرض بمقاسها ونوعها وأحواضها ان كانت زراعية . والفرس بوصفها وجنسها وسنها وهكذا — كيفية التعيين

٤٧١ — يلزم فى الشريعة الاسلامية لصحة عقد المعاوضات المالية من الجانبين أن يكون كل من البدلين معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان وصفه مع بيان مقداره ان كان من المقدرات او بنحو ذلك مما تنتفى به الجهــالة الفاحشة ولا يكتفى بذكر الجنس عن القدر والوصف — مادة ٢٠٩ مرشد الحيران — شريعة اسلامية

٤٧٢ — فيستفاد من هذه المادة أن التعيين يكون بالاشارة الى المبيع كهذا الشيء أو الى مكانه الخاص كبعتك ما فى هذا البيت . وذلك يقابل التعيين بالذات . وقد نص الفقهاء على ذلك فقالوا ان الاشارة لتعريف الذات فاذا قال هذا صار الذات معيناً « زيلعى ج ٤ ص ٥٣ »

٤٧٣ — على أن التعيين بالإشارة او الى المكان لا يصح الاّ فى الأشياء الحاضرة فان كان المبيع غائباً عن مجلس العقد فانه يعلم ببيان وصفه وقدره بياناً يخصصه عن انظاره ويكون نافيـاً للجهالة الفاحشة كمائة أردب قمح بلدى . ويغنى عن بيان الأوصاف إضافة المبيع الى نفس البائع وليس له غيره من نوعه كأن يقول بعتك حصانى بكذا أو ببيان حدود الأرض . والعلم بما ذكر فى حالتى الحضور والغيبة متفرع عن قاعدة (الوصف فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبر) — ابن عابدين ص ٢٣ ج ٤ وكتاب المعاملات للشيخ أبى الفتح ص ٢٩٥ و ٢٩٦

في الفرق بين تعيين المبيع والعلم بالمبيع

٤٧٤ — ومما ينبغى ملاحظته أنه يجب الاحتراس من خلط أحكام تعيين المبيع بأحكام العلم بالمبيع الواردة فى مادة ٢٤٩ وما بعدها وسيجيء شرحها فى موضعها

فاحكام العلم بالمبيع مأخوذة عن أحكام خيار الرؤية فى الشريعة الاسلامية التى يقصد بها رفع الجهالة اليسيرة لا الجهالة الفاحشة فهى غير المقصود بتعيين المبيع . ومن جهة أخرى فالعلم بالمبيع حق للمشترى وحده ويترتب عليه امكان حصوله على حكم بفسخ البيع فى أحوال خاصة (مادة ٢٥٠ مدنى أهلى)

وبعبارة أخرى لا يثبت للمشترى هذا الحق الاّ بعد تكوين العقد تكويناً صحيحاً ويسقط بمسقطات كثيرة منها التصرف فى المبيع أو رؤيته قبل الشراء .

أما تعيين المبيع فالمقصود منه تصحيح أحد أركان البيع لأنه اذا لم يكن المبيع معيناً كان البيع غير منعقد

٤٧٥ — ومن ذلك يرى ان الفرق عظيم بين الأمرين . فالبطلان لعدم العلم بالمبيع نسبى وخاص بالمشترى . أما البطلان لعدم تعيين المبيع فأصلى لكل من المتعاقدين التمسك به

وعدم العلم بالمبيع لا يبطل البيع اذا تبين أن المشترى كان رأى بعض المبيع او تصرف فيه وغير ذلك مما أشار اليه القانون . ولكن عدم تعيين المبيع يبطل البيع ولو كان المشترى رأى بعضه كرؤيته عينة قمح حصل بيعه بغير بيان قدره أو تصرف

فيه لأن التصرف فى الفاسد فاسد[1] — انظر الأحكام الواردة بفقرتى ٤٧٩ و٤٨٠ الآتيتين

٤٧٦ — تطبيقات — حكمت المحكمة المختلطة بأن المبيع فى المنقولات يكون معرفاً تعريفاً كافياً متى بين أنه وارد على المنقولات المفروشة فى منزل البائع — ٢١ مايو سنة ١٨٧٧ بوريلى مادة ٣٢٨

٤٧٧ — وحكم بأنه اذا بيعت أرض مجهلة ومجزأة تجزيئاً تصورياً الى قطع مختلفة وبغير حدود معينة فى قائمة الشروط جاز للمشترى أن يطلب بطلان البيع لأنه لم يكن فى امكانه أن يعرف موقع الأرض بمعاينة مكانها قبل الشراء ولأنه ظهر من الاطلاع على الرسم المرفق بقائمة الشروط أنه كان يعتقد بحسن نية أن القطعة التى رسا مزادها عليه تجاور طريقين معدين للمرور والحقيقة لم تكن كذلك — مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ س ١٤ ص ٥٣ فقرة ٤٣٠٩ مجموعة ثانية

٤٧٨ — وبأن عدم بيان موقع ومساحة الاراضى التى بيع محصولها لا يزيل عن البيع صفة كونه بيعاً وارداً على شىء معين وذلك اذا دلت ظروف وأحوال الدعوى على ان الخصوم اتفقوا على الارض القائم بها الزرع المباع — مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٤ س ٦ ص ١٤٢ وفقرة ٤٦٥٤ مجموعة أولى

٤٧٩ — وبأن المادتين ٣١٥ و ٣١٨ من القانون المدنى المختلط (٢٤٩ و٢٥٢ أهلى) لا يقصد بهما غير البيع المنجز للأشياء التى لم يعاينها المشترى بنفسه أو بواسطة وكيل عنه ولا تنطبق على حالة خلاف قائم فى قيمة التعهد بخصوص تعيين الاشياء المبيعة

فلا يجوز فى هذه الحالة الأخيرة الادعاء بعدم انعقاد البيع ولا طلب بطلانه متى كان عقد البيع يفيد الاتفاق على طبيعة العقد والغرض منه ومشتملاً على اتفاق تام بين المتعاقدين يقصد به حسم نزاع فى دعوى قائمة بينهما . وعلى هذا يجوز فقط طلب تفسير العقد أو فسخه لعدم القيام بتنفيذه — مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ س ١١ ص ٢٩١ فقرة ٤٣٣٦ مجموعة ثانية

---

(١) أشار ابن عابدين الى التفرقة بين هذين الأمرين فى ص ٢٢ ج ٤ فليرجع اليه

٤٨٠ — وبأنه من أركان البيع معرفة العين المبيعة المعرفة التامة النافية للجهالة حقيقة ويستدل على ذلك بوضع حدودها ومعالمها فى العقد بكيفية لا تقبل الالتباس أما ما جرت العادة على ذكره بلفظ عمومى من أن المشترى عالم بالعين المبيعة العلم الكافى النافى للجهالة فهو قول لا يعتد به اذا نقص العقد وصف العين اللازمة لتعيينها كذكر المعالم والحدود — مصر ابتدائى مدنى ٢٦ يونيه سنة ٩٠٧ حقوق س ٢٣ ص ١٨٥ فقرة ٢٣٥ ج أول قضاء مصرى أهلى

٤٨١ — وقد قررت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه لا معنى للقول بأن الشىء المبيع غير معين اذا قررت البائعة صراحة فى العقد بأنها باعت أطيانها الكائنة بناحية كذا بمديرية كذا المكلف بعضها باسمها والبعض الآخر باسم ابن اخيها غلطاً وزادت على ذلك بأن الأطيان المبيعة آيلة لها بالميراث الشرعى عن والديها وأن تلك الأطيان مرهونة للبنك العقارى بموجب عقد رسمى ومن المعلوم أنه لا يمكن الرهن الاّ اذا تبين فى عقده حدود ومعالم الأطيان المرهونة بياناً تاماً لا يوجب الالتباس فيؤخذ مما ذكر أن الأطيان المبيعة معلومة للمتعاقدين علماً تاماً لأن البائعة بصفتها مالكة تعرف جيداً ما باعته والمشترى قرر صراحة فى عقد البيع الصادر اليه أنه عاين الأطيان قبل التعاقد — حيثيات حكم محكمة الاستئناف الرقيم ٢١ فبراير سنة ٩١٤ مجموعة رسمية س ١٥ نمرة ١٠٥

الفرع السادس — فى شرط ملكية البائع للمبيع

٤٨٢ — من شروط المبيع أن يكون مملوكاً للبائع وقت البيع أو عند التسليم (فقرة ٢٦٧ السابقة) لأن المبيع اذا لم يكن مملوكاً للبائع فلا تنتقل ملكيته للمشترى اذ يجب لانتقالها أن يصدر البيع ممن له الولاية الشرعية على الشىء المبيع . والولاية الشرعية لا تكون الاّ من المالك أو باذنه

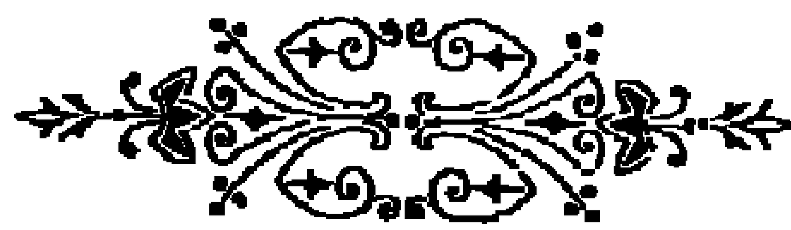
٤٨٣ — ويترتب على ذلك أن البيع يكون باطلاً فى حالتين :

الحالة الأولى — يكون البيع باطلاً اذا تبين أن المشترى كان مالكاً للشيء المبيع عند البيع لأن المقصود الأصلى من البيع وهو التملك لا يتحقق اذ ليس فى قدرة البائع أن يمنح المشترى حقاً ثابتاً له من قبل . فتعهد البائع يكون حينئذٍ بلا محل يضاف اليه . وتعهد المشترى يكون خالياً من مقصد شرعى (سبب شرعى) لأنه فى العقود الملزمة للجانبين يكون محل تعهد أحد الطرفين مقصداً لتعهد الآخر

ويترتب على بطلان البيع أنه لو كان المشترى دفع الثمن فله استرداده لأنه دفع بلا سبب جائز (مقصد شرعى) إذ أنه لم يصر مشترياً

على أن هذا الأمر نادر عملاً وقد يصادف حصوله اذا باع وارث عيناً من أعيان التركة لشخص تبين بعد البيع أنه كان موصى له بها من المورث وهى تخرج من ثلث التركة — انظر بودان كتاب البيع فقرة ١٠٠ و ١٠١

الحالة الثانية — ان بيع ملك الغير باطل . ولكن هذا البطلان ليس عاماً ومطلقاً كبطلان البيع فى الحالة الأولى كما يتبين ذلك فى الفصل الآتى الذى عقد خصيصاً لبيع ملك الغير



الفصل الرابع

فى بيع ملك الغير

قوانين مصرية

مادة ٢٦٤ أهلى — بيع الشىء المعين الذى لا يملكه البائع باطل انما يصح اذا أجازه المالك الحقيق — تطابق ٣٣٣ مختلط

مادة ٢٦٥ أهلى — اذا باع أحد شيئاً على انه مملوك له ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للمبيع جاز للمشترى أن يطلب منه تضمينات اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكيته — تطابق ٣٣٤

مادة ٣٣٥ مختلط (غير موجودة بالاهلى) — اذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شىء معين والانتفاع به لآخر بثمن معين يحكم فى التعهد بالتطبيق للقواعد العمومية المقررة للتعهدات المبنيـة على اتفاق العاقدين

شريعة اسلامية

مادة ٣٠٠ مرشد الحيران (٣٧٨ مجلة) من باع ملك غيره لآخر بغير اذنه انعقد بيعه موقوفا على اجازة المالك فان اجازه نفذ والا بطل

مادة ٣٠١ منه — يشترط لصحة الاجازة من المالك الذى بيع ملكه بغير اذنه أن يكون كل من البائع والمشترى وصاحب المتاع المبيع حيا وأن يكون المبيع قائماً على حاله لم يتغير تغيرا به يعد شيئا آخر وان يكون الثمن باقياً ان كان عرضا معيناً

مادة ٣٠٢ منه — اذا اجاز المالك بيع الفضولى الذى تصرف فى ماله بغير اذنه اجازة معتبرة بالقول أو بالفعل تعتبر اجازته توكيلا له عنه فى البيع ويطالب الفضولى بالثمن ان كان قبضه من المشترى وان لم يكن قبضه منه فلا يجبر المشترى على ادائه للمالك لكن ان دفعه اليه صح الدفع وبرىء

وسكوت المالك عند بيع الفضولى ماله بلا اذنه لا يكون رضاء منه بالبيع

مادة ٣٠٣ منه — اذا لم يجز المالك بيع الفضولى وكان المشترى قد أدى للفضولى الثمن غير عالم وقت الاداء انه فضولى باع ملك غيره بغير اذنه فله الرجوع عليه بالثمن ان كان قائماً وبمثله ان كان هالكا

وان كان قد أداه اليه عالماً أنه فضولى وهلك الثمن فى يده فلا رجوع له عليه بشىء منه

ملحوظة — زاد فى المجلة مادة (٣٧٨) ان الاجازة تكون من صاحب المال أو وكيله او وصيه او وليه

مادة ٣٠٤ منه — اذا سلم الفضولى للمشترى العين التى باعها له بدون اذن مالكها فهلكت فى يد المشترى فللمالك أن يضمن قيمتها ايهما شاء من الفضولى أو المشترى وأيهما اختار ضمانه برىء الآخر

قانون فرنساوى

مادة ١٥٩٩ — بيع الشىء المملوك للغير باطل ويجوز أن تترتب عليه تعويضات للمشترى اذا كان يجهل ان المبيع مملوك للغير

في مأخذ التشريع المصرى

٤٨٤ — يتضح من مقارنة نص المادة ٢٦٤ أهلى (٣٣٣ مختلط) أن أحكامها مستمدة من القانون الفرنساوى والشريعة الاسلامية . فالشطر الأول منقول عن المادة ١٥٩٩ فرنساوى . والشطر الثانى مأخوذ من أحكام الشريعة الاسلامية التى تقضى بصحة بيع ملك الغير اذا أجازه مالكه (١)

٤٨٥ — ولهذا يجب الاحتراس فى تأويل أحكام القانون فى هذا الموضع والحذر من الجرى وراء مذهب من المذاهب بغير مراعاة ما قضت به مواده من الأحكام الخاصة التى يجب الأخذ بها دون سواها

فى اهمية الموضوع

٤٨٦ — وحيث كانت أهمية هذا المبحث من الوجهة العملية عظيمة لأنه كثيراً ما تشاهد بيوع واقعة فى ملك الغير كبيع أراضى الحكومة وبيع الاملاك المشاعة وأملاك الغائبين وهكذا فلا غرابة اذا افضنا فى القول وأسهبنا فى الشرح

حكم بيع ملك الغير فى الشريعة الاسلامية

٤٨٧ — تقضى الشريعة الاسلامية بصحة بيع ملك الغير اذا باعه البائع على أنه ملك لغيره فأجازه مالكه أما إذا باعه على أنه ملك لنفسه فالبيع باطل ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاده أصلاً — راجع ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٣

٤٨٨ — فالبيع فى الحالة الأولى وهى حالة بيعه على أنه مملوك للغير ينعقد صحيحاً وإنما يكون موقوفاً على اجازة المالك ان أجازه نفذ وان لم يجزه بطل أى أن المالك بالخيار ان شاء أجاز العقد فيصح البيع وينفذ وان شاء لم يجزه فينفسخ العقد — « ٣٠٠ مرشد الحيران و ٣٧٨ مجلة »

بيع الفضولى

٤٨٩ — ويسمى ذلك عند الفقهاء ببيع الفضولى (وهو من يتصرف فى حق الغير بلا اذن شرعى)

والقاعدة ان كل تصرف صدر من الفضولى وله مجيز (أى ذو أهلية يقدر على اجازة التصرف) حال وقوعه انعقد موقوفاً على الاجازة وان لم يكن له مجيز حال العقد كبيع مال المجنون فلا يتوقف ويقع باطلاً

---

(١) راجع ايضاً جرانمولان ص ١٢ كتاب العقود ومذكرات مسيو لمبير الغير المطبوعة

٤٩٠ — وعلة ذلك ان جميع أركان التصرف متوفرة :

ا — فالبيع صدر من أهله (أى من عاقل رشيد)

ب — والمبيع يجوز بيعه لأن الجواز لا يتوقف على كونه مملوكاً للغير اذ يصح بيع الوصى والوكيل مع أن المبيع ليس بمملوك لهما

ج — ولا ضرر فى انعقاده لأن المالك مخير اذا رأى المصلحة فى البيع نفذه والاّ فسخه — فتح القدير ص ٣١٠ ج ٥ وزيلعى ص ١٠٣ ج ٤

٤٩١ — على أن الشافعى يرى أن تصرفات الفضولى لا تنعقد أصلاً ولا تجوز باجازة المالك لأنها تقع باطلة وسبب ذلك خلوها من الولاية الشرعيـــة التى تكون بالملك أ و باذن المالك وهما مفقودان هنا فلا ينعقد البيع لعدم القدرة الشرعية على التسليم — فتح القدير ص ٣١٠ ج ٥ والزيلعى ص ١٠٣ ج ٤

حكمه فى القانون الفرنساوى

٤٩٢ — أما حكم بيع ملك الغير فى القانون الفرنساوى فتغير بتغير التشريع فيها فقد كان بيع ملك الغير جائزاً فى عهد القانون الفرنساوى القديم كما كان جائزاً بحسب القانون الرومانى لأن البيع كان منتجاً لمجرد تعهدات عامة لا ناقلاً للملك كما هى الحال الآن وكان التزام البائع قاصراً على التعهد بتمكين المشترى من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعاً تاماً بلا معارض ولا منازع

وطالما انه منتفع بالمبيع فلا يباح له طلب البطلان ولو علم بأن المبيع غير مملوك للبائع وعلى هذا كان يجوز للبائع أن يبيع ما لا يملك ولو كان معيناً بالذات

فلما قضى القانون الفرنساوى الحالى بأن البيع ناقل للملك بمجرد عقده ترتب على ذلك بطلان بيع ملك الغير لأن نقل الملك لا يتأتى بغير رضاء صاحبه

القانون الالمانى

٤٩٣ — لما كان البيع بحسب القانون الألمانى غير ناقل للملك وانما يترتب عليه التزام البائع بنقله كان بيع ملك الغير بحسبه جائزاً وللمشترى الحسن النية أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام البائع بتنفيذ تعهده بأن ينقل الملك وليس له أن يطلب البطلان « انظر ٤٢٣ و ٤٣٩ و ٤٤٠ قانون المانى »

مذهب القانون المصرى

٤٩٤ — نقل الشارع المصرى أحكامه عن القانون الفرنساوى وعن الشريعة الاسلامية فقضى ببطلان بيع ملك الغير فى المادة ٢٦٤ وصرح بأن البطلان قاصر على الأشياء المعينة ورخص مع ذلك بصحة بيعها اذا أجازه المالك الحقيقي فأزال بذلك كثيراً من الشكوك والغموض الذى أثارته المادة الفرنساوية من جهة تأويل نوع البطلان والأشياء التى تكون محلاً له

وهذا البطلان نتيجة لازمة لمبدأ القانون المصرى الذى صرح بأن البيع ناقل للملك بمجرد التعاقد متى كان المبيع مملوكاً للبائع — انظر مادة ٢٦٦ اهلى (٣٣٦ مختلط) والمبدأ العام الوارد فى مادة ٤٥ اهلى (٦٧ مختلط)

فاذا لم يكن المبيع مملوكاً للبائع كان البيع باطلاً وترتبت عليه الأحكام الآتية

فيما يترتب على بيع ملك الغير

٤٩٥ — يترتب على بيع الشىء المعين المملوك للغير ان البيع ينعقد ولكنه يكون: ١ — قابلاً للبطلان ٢ — مستوجباً للتعويض فى بعض الأحوال ٣ — موضعاً للاسترداد بمعرفة المالك الحقيقى ٤ — محلاً للعقاب بحسب قانون العقوبات الأهلى .

فلنتكلم على هذه الأوجه واحداً فواحداً

الفرع الأول — فى بطلان بيع ملك الغير

٤٩٦ — نص القانون على أن بيع الشىء المعين الذى لا يملكه البائع باطل وبحث ذلك يشمل وجهين : الأول بالنسبة لأى شخص تقرر هذا البطلان أبالنسبة للمالك الحقيقى أم بالنسبة للمتعاقدين . الثانى ما نوع هذا البطلان أهو بطلان أصلى أم بطلان نسبى وما أساس هذا البطلان ونتائجه وما هى الأحوال التى يتناولها .

المبحث الأوّل — بالنسبة لأى شخص تقرر بطلان بيع ملك الغير

فى أن البطلان مقرر بالنسبة للمتعاقدين

٤٩٧ — لا نزاع فى أن المراد من النص على بطلان بيع ملك الغير لم يكن بطلانه بالنسبة للمالك الحقيقى وان كان تركيب المادة قد يوهم ذلك فان ذكر عبارة « انما يصح اذا أجازه المالك الحقيقى » بعد تقرير البطلان قد تطوح بالمطلع لأول

وهلة فيظن أن البطلان مقرر بالنسبة للمالك ولذلك عنى الشارع بذكر هذا الاستدراك. ولكن الواقع غير ذلك وهو أن مراد الشارع تقرير البطلان بالنسبة للمتعاقدين

ودليل ذلك أنه لا داعى لوضع نص خاص هنا على بطلان البيع بالنسبة للمالك الحقيقى بعد ان قرر الشارع فى مادة ١٤٢ أهلى (٢٠٣ مختلط) بصفة عامة أنه « لا يترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها » . ومن الثابت أن المالك لم يشترك فى التعاقد فلا تأثير له عليه . وحينئذٍ لا تزال الملكية باقية له كما لايزال له حق استرداد المبيع برفعه دعوى الاستحقاق . على أن الشارع قد اظهر قصده نحو ذلك فى المادة ٢٦٥ أهلى (٣٣٤ مختلط) فانها تفيد أن المقصود بطلان البيع بالنسبة المتعاقدين ولذلك بينت الأحوال التى يجوز فيها للمشترى طلب التعويض من البائع . وصرح به بالنسبة لبيع المنقول الغير المملوك لمن سلمه فى مادة ٤٦ أهلى (٦٨ مختلط) — قارن فى هذا المعنى بودان كتاب البيع فقرة ١٠٩ ص ٧٠

أما النص على تصحيح البيع باجازة المالك الحقيقى فنص مستمد من الشريعة الاسلامية أو على الأقل موافق لمبدأها . وفائدته هنا أنه يدل على أن بطلان البيع نسبى لا أصلى كما سيجىء فى الفقرة التالية . وليس معنى ذلك أن الأجازة لا تصح بحسب القانون الفرنساوى بل هى جائزة ومصححة للبيع لأن كل عقد قابل للبطلان يكون قابلاً للاجازة التى هى ترك للابطال — انظر مادة ١٣٣٨ فرنساوى

المبحث الثانى — فى نوع هذا البطلان واساسه ونتائجه

٤٩٨ — اختلف الشراح الفرنسويون فى نوع البطلان المنصوص عليه فى مادة ١٥٩٩ فرنساوى المأخوذ عنها نص القانون المصرى أهو بطلان اصلى لا تلحقه الاجازة ولا يزول بها ويجوز لكل من البائع والمشترى أن يطلبه أم بطلان نسبى يرتفع بالاجازة ولايجوز لغير المشترى طلبه . والرأى السائد علماً وعملاً هو أن البطلان نسبى . أما عندنا فلا خلاف فى أن البطلان نسبى فقد نص القانون صراحة على صحة فى نوع البطلان

بيع ملك الغير اذا أجازه المالك الحقيقى ومعلوم أن البطلان الأصلى لا تصححه الاجازة اللاحقة ولا تزيل ما به من البطلان[1]

٤٩٩ — وهذا هو رأى القضاء أيضاً فقد حكمت المحكمة المختلطة بأن نص المادة ٣٣٣ من القانون المدنى المختلط (٢٦٤ أهلى) لا تقضى — خلافاً لنص المادة ١٥٩٩ فرنساوى — ببطلان بيع ملك الغير بطلاناً أصلياً لأنها تجيز صحة البيع اذا أجازه المالك الحقيقى و بأن هذه القواعد تسرى على رهن ملك الغير بما أنه من الأصول العمومية ان كل ما جاز بيعه جاز رهنه — ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريلى مادة ٣٣٣ مدنى

اساسه واختلاف الآراء فى ذلك

٥٠٠ — علمنا مما تقدم أن بيع ملك الغير باطل ولكن ما هو أساس هذا البطلان و بعبارة أخرى لماذا يعتبر بيع ملك الغير باطلاً . وهذا مبحث قد تضاربت فيه الآراء واختلفت الأقوال وإنا لنأتى هنا على ملخص تلك الآراء لما فى ذلك من المزية العلمية

رأى اول

٥٠١ — قال فريق ان أساس هذا البطلان هو جواز فسخ العقود الملزمة للجانبين فانه يجوز فسخ العقد اذا تعذر على أحد المتعاقدين الوفاء بما تعهد به بناء على ان الشرط الفاسخ مفترض فى كل عقد لازم من الجانبين . ولما كان البائع غير قادر على نقل الملك لأنه ليس بمالك فتعذر عليه الوفاء بتعهده وجاز للمشترى أن يطلب فسخ البيع لأنه كما يجوز طلب الفسخ لعدم القيام بدفع الثمن يجوز طلبه لعدم القيام بنقل الملك — وهذا هو رأى الاستاذ كوليه دى سانتير — ج سادس نمرة ٢٨ مكررة

واعترض على هذا الرأى بأن القانون قضى بالبطلان لا بالفسخ وفرق بين التعبيرين فلو كان الشارع أراد الفسخ لما احتاج لنص خاص لأن الفسخ جائز بمقتضى القواعد العامة — انظر كذلك مادة ١١٨٤ من القانون الفرنساوى

---

(١) انظر جرانمولان كتاب العقود فقرة ٣٦ ودوهلس ج ٤ فقرة ٢٠ وبلانيول فقرة ١٢٩٦ ج ٢

على ان النتائج التى تبنى على هذا الرأى مطابقة فى الواقع للنتائج المترتبة على البطلان النسبي وهى :

١ — انه لا يجوز طلب الفسخ الاّ من المشترى

٢ — يجوز للمشترى فى حالة طلب الفسخ أن يطلب تعويضاً عما لحقه من الضرر كما يجوز ذلك فى حالة البطلان النسبي بحسب القانون — مادة ٢٦٥ اهلى (٣٣٤ مختلط)

٣ — لا يحصل الفسخ الاّ بحكم من القاضى وله أن يعطى للبائع ميعاداً للوفاء بتعهده أى يجوز تصحيح العقد بعد طلب الفسخ كما يجوز تصحيحه فى حالة البطلان النسبي

٤ — واذا امتلك البائع المبيع قبل الحكم بالفسخ ولو بعد رفع الدعوى زال المانع وانتقلت الملكية للمشترى فى الحال وسقط حقه فى الاستمرار على طلب الفسخ

رأى ثان ٥٠٢ — وقال فريق آخر إن البطلان مبنى على عدم وجود قصد شرعى[1] أى سبب جائز قانوناً

ولكن ينبنى على هذا الرأى ان البيع لا ينعقد اذ القصد ركن من الاركان الجوهرية للتعاقد . ومتى كان البيع لم ينعقد فالاجازة لا تلحقه وكان البطلان أصليًا وجائزاً طلبه سواء من البائع أو المشترى

ولذلك يرد عليه بأن تعهد أحد المتعاقدين يكون مقصداً لتعهد الآخر فى العقود الملزمة للجانبين . وتعهد البائع هنا وارد على شىء جائز بيعه الاّ انه غير مملوك له وهذا مانع نفاذ لا مانع انعقاد . على انه لا نزاع فى ان بيع ملك الغير ينعقد . ولذلك يترتب عليه أحياناً الحق للمشترى فى طلب تعويضات (٢٦٥ أهلى و٣٣٤ مختلط) كما يترتب عليه أن يكون البائع ضامناً للمبيع فى حالة دعوى الغير باستحقاقه (٣٠٠ أهلى و ٣٧٤ مختلط) وأن يتخذ سبباً صحيحاً للتملك بمضى خمس سنين

---

(١) أى *cause légale* وفضلنا هذا التعبير الوارد فى مادة ٢١١ مرشد الحيران لما فيه من مزية رفع اللبس الذى ينشأ من استعمال كلمة سبب

وعلى كل حال لا محل لهذا الرأى فى القانون المصرى لأن قصد الشارع فى انعقاد بيع ملك الغير واعتباره باطلاً بطلاناً نسبياً ظاهر من التصريح بأن إجازة المالك تصححه فلو لم يكن منعقداً أى كان بطلانه أصلياً لما لحقته الاجارة وصححته

٥٠٣ — وقال فريق ثالث انه لا نزاع فى أن بطلان بيع ملك الغير نسبى ومبناه وقوع غلط فى رضاء المشترى من جهة أصل الموضوع المعتبر فى العقد فان المشترى كان يعتقد ان المبيع مملوك للبائع فاذا به لآخر — رأى ثالث

واعترض على هذا الرأى بأن الغلط فى المبيع لا يستقيم فى حالة علم المشترى بأن المبيع غير مملوك للبائع مع أن نص القانون من جهة البطلان عام يشمل حالتى العلم والجهل ولا فرق بينهما الا فيما يتعلق بالتضمينات فاتخاذ الغلط أساساً للبطلان غير مطرد فى جميع الأحوال وعلى هذا لا يصح ان تبنى عليه نظرية البطلان النسبى

٥٠٤ — وقال فريق رابع ان البطلان مبناه عدم أهلية البائع الشرعية لبيع ملك الغير. واعترض على هذا الرأى بأنه لا ينظر للأهلية الشرعية وعدمها الا فى حالة بيع ما هو فى ملك البائع لا ما فى ملك غيره — فوانيه ج ٢ ص ٤٣٥ — رأى رابع

ويجوز أيضاً الاعتراض على هذا الرأى بما يعترض به الفقهاء بأن المراد بالأهلية العقل وبلوغ الرشد لا محل العقد (أى الشىء الجائز التبايع فيه) فهذا لا ينعدم بانعدام الملك وإنما ينعدم بانعدام ماليته وتقومه أى اذا كان مما لا يجوز التبايع فيـه أو مما لا قيمة له يمكن تقديرها. أما البائع فقد يكون غير مالك كالمأذون له بالبيع (وكيل أو وصى مثلاً) ولا تأثير لذلك على محل العقـد — انظر فى هذا المعنى فتح القدير ج ٥ ص ٣١٠

٥٠٥ — أما الرأى الأخير فهو للأستاذ بودرى[1] وهو يرى أن أساس البطلان عدم قدرة البائع على تمليك المبيع للمشترى أى عدم استطاعته تنفيذ التعهد الأصلى المقصود من البيع وهو نقل الملك. واعتبر ذلك بطلاناً لا فسخاً لأن الفسخ جائز فى — رأى خامس

---

(١) بودرى وسينات كتاب البيع ص ١٠١

العقود الملزمة للجانبين فى حالة عدم قيام أحدهما بوفاء تعهده ومعنى ذلك ان العقد ينعقد قابلاً للنفاذ ثم يطرأ عليه عدم النفاذ . ولكن فى حالة بيع ملك الغير لم يُنقل الملك لأن البائع غير مالك فاستحالة التنفيذ نشأت من وقت التعاقد والبيع لم يكن فى وقت ما قابلاً للنفاذ لهذا كان باطلاً

وجعل البطلان نسبيًّا لأن الخلل الذى استوجبه ناشئ من خطأ البائع الذى تعهد بأمر مستحيل التنفيذ فلم يكن له ان يستفيد منه وعلى هذا لا يتمسك به غير المشترى

ومما يحسن ملاحظته ان هذا التعليل يكاد يطابق ما علل به الشافعى رأيه من جهة عدم انعقاد بيع ملك الغير لأنه يقول ان الملك لا ينقل الا بالولاية الشرعية وهى لا تكون الا من المالك أو باذن منه غير أن الشافعى يرى أن البيع «لا ينعقد» لعدم القدرة على التسليم — انظر فقرة ٤٩١ السابقة

في نتائج البطلان النسبي

٥٠٦ — ويترتب على البطلان النسبى النتائج الآتية وهى مماثلة لما سبق بيانه فى فقرة ٥٠١ وها هى :

النتيجة الأولى

٥٠٧ — لا يجوز طلب البطلان الا من المشترى فله وحده أن يتمسك بهذا البطلان لأنه مقرر لمصلحته . وله أن يطلبه بدعوى أصلية أو دعوى فرعية

ا — فيطلب المشترى بطلان البيع بدعوى أصلية فى حالتين : — الأولى اذا كان دفع الثمن ثم تبين له ان البائع غير مالك فيرفع الدعوى ويطلب بطلان البيع واسترداد الثمن — الثانية اذا لم يكن دفع الثمن ولكنه يريد منع البائع من مطالبته به تنفيذاً للعقد .

ب — ويتمسك المشترى بالبطلان بصفة فرعية اذا كان البائع رفع عليه دعوى أصلية يطالبه فيها بالثمن فيدفع دعواه بأن المبيع غير مملوك له

على أنه يجب فى جميع الأحوال أن يكون طلب البطلان على يد القضاء لأنه ليس من أوجه البطلان المحتمة التى تحصل بلا قضاء[1]

---

(١) *de plein droit*

٥٠٨ — وللمشترى أن يطلب البطلان واسترداد الثمن حتى ولو كان سيىء النية أى عالماً بأن البائع لا يملك المبيع وذلك لأن القانون لم يشر الا الى تفريق واحد ورد فى المادة ٢٦٥ أهلى (٣٣٤ مختلط) وخاصاً بحالة طلب التضمينات فأجاز للمشترى الحسن الاعتقاد طلبها وحرم سيىء القصد منها — قارن فقرة ٣٧٠ من كتاب العقود لجرانمولان

٥٠٩ — وللمشترى أن يرفع هذه الدعوى ولو لم تحصل له أية منازعة من المالك الحقيقى ولم يحكم باستحقاق المبيع وذلك هو الفارق بين القوانين الحالية والقانون الرومانى أو القانون الفرنساوى القديم

فى جواز طلب البطلان قبل حصول منازعة ما

فقد قلنا فى فقرة ٤٩٢ السابقة ان البيع فى عهد القانون الرومانى كان منتجاً لمجرد تعهدات وينقل الحيازة فقط لا الملك

لهذا ما كان يجوز للمشترى الذى لم ينازعه أحد فى حيازة المبيع أو لم يتعرض له أحد فى انتفاعه به أو لم يستحق عليه المبيع أن يطعن فى البيع بالبطلان ولو تبين ان المبيع غير مملوك للبائع

أما الآن وقد أصبح البيع ناقلاً للملك فللمشترى أن يطلب البطلان قِبل البائع ولو لم ينازعه أحد فى وضع اليد لأنه أراد أن يمتلك المبيع والبائع غير قادر على نفاذ تعهده فله طلب ابطال البيع ولا يجبر على البقاء فى حالة الشك

٥١٠ — يرى من ذلك أن دعوى البطلان متقدمة على دعوى الضمان التى للمشترى عملاً بنص المادة ٣٠٠ أهلى وما بعدها (٣٧٤ مختلط وما بعدها) فإن دعوى الضمان لا ترفع إلاّ اذا استحقت العين فعلاً لمالكها قبل طلب المشترى البطلان وبعبارة أخرى للمشترى قِبل البائع دعويان :

ا — دعوى البطلان وله أن يرفعها قبل حصول الاسترداد بل وقبل حصول أية منازعة

ب — ودعوى الضمان ويرفعها على البائع اذا طلب المالك استرداد المبيع واستحقه فعلاً أى نزعت ملكيته من المشترى . ويلاحظ من ذلك أن وقتيهما

مختلف فواحدة قبل الاستحقاق والمنازعة وواحدة بعدهما وسيجئ الكلام على دعوى الضمان فيما بعد فى موضعه

عدم جواز طلب البطلان من البائع

٥١١ — لا يجوز للبائع أن يتمسك بهذا البطلان لا بصفة أصلية ولا فرعية حتى ولو كان حسن النية أى يجهل وقت البيع ان المبيع مملوك للغير لأنه لو كان حسن النية فقد أهمل فى عدم التحقق من ملكيته لما يبيع . وان كان سيئ النية اعتبر مدلساً . ومن جهة أخرى فالبيع يتضمن الالتزام بنقل الملك . فاذا لم يكن فى قدرة البائع أن ينقل الملك حالاً فانه يجب عليه أن يقوم به متى طلب المشترى منه ذلك وسمحت به ظروف الأحوال . وإباحة طلب البطلان له تعتبر تنصلاً من هذا التعهد ومن المعلوم أن ليس لمتعاقد أن يطلب بطلان ما تعهد به بحجة أنه أقدم عليه بغير ترو[1]

على أن من خواص البطلان النسبى أن لا يتمسك به غير الفريق الذى تقرر البطلان لمصلحته[2]

٥١٢ — ويترتب على ذلك أنه فيما يتعلق بعلاقة البائع بالنسبة للمشترى فالبيع يعتبر صحيحاً . ويجب على البائع تنفيذ التعهدات الخاصة به

فيجب عليه تسليم المبيع للمشترى ولا يجوز له الامتناع بحجة ان البيع باطل لأنه ليس له أن يتمسك بالبطلان . وسندنا من أحكام القانون فى ذلك أن القانون جعل البائع ضامناً للمبيع فى حالة دعوى الغير باستحقاقه . والضمان والتسليم متلازمان لأن الضمان لا يترتب الا على نزع ملكية شيء كان سلم فعلاً . فاذا كان البائع ملزماً

---

(١) قارن أيضاً حكم المحكمة المختلطة الصادر فى ٥ يونية سنة ١٨٧٨ الوارد بيوراللى تعليقاً على مادة ١٧٣ مدنى فأنه يقضى بالزام من يتعهد بأمر من غير أن يتحقق من أمكان تنفيذه ثم لم يستطع الوفاء به لظروف خارجة عن ارادته بتعويض الضرر الناشيء عن عدم الوفاء بالتعهد

(٢) فى فرنسا حيث كان النص غامضاً يرى بعض الشراح أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالبطلان اذا كان حسن النية وبعضهم يقول ان له أن يدفع به فقط لا أنه يرفعه بصفة اصلية (أوبرى ورو ج ٤ ص ٣٠١ وماركاديه مادة ١٥٩٩) وفريق ثالث يبيح له هذا الحق على الاطلاق ويلاحظ مسيو بودرى أن ذلك كله صحيح فى نظر من يرون أن البيع لا ينعقد وعندنا لا محل لهذا الخلاف لأن النص ظاهر فى أن البطلان نسبى

صراحة بالضمان فهو ملزم بطريق الاستنتاج بالتسليم . ومن جهة أخرى فالعدل يقضى بأن المشترى يستلم المبيع لينتفع بفوائده وثمراته الى حين يطلبه صاحبه لاسيما وأنه قد يتأتى أن يغفل عن طلبه فيتملكه المشترى بمضى المدة — مستفاد من الباندكت فقرة ٦٩٧ بيع ج ٥٩

القانون الايطالى ٥١٣ — ولقد صرّح القانون الايطالى بأنه لايجوز للبائع أن يطلب البطلان مطلقاً « انظر مادة ١٤٥٩ »

شريعة اسلامية ٥١٤ — أما فى الشريعة الاسلامية فالفقهاء وان كانوا لا يعتبرون البيع غير منعقد بل محتملاً للفسخ يرخصون مع ذلك للفضولى (أى البائع) أن يفسخ البيع قبل الاجازة دفعاً لما يلحقه من الضرر لأنه بعد الاجازة من المالك يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه و يطالب بالتسليم و يخاصم بالعيب وفى ذلك ضرر له فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه

أما المشترى فله الفسخ قبل اجازة المالك تحرزاً من لزوم العقد

على أنه يلاحظ على كل حال أن نظرية الشرعيين مبنية على أنه بيع فضولى — ابن عابدين ص ١٤٨ ج ٤ والزيلعى ج ٤ ص ١٠٥

فى طلب البطلان حالة تملك المبيع بمضى المدة ٥١٥ — هل يجوز للمشترى أن يطلب بطلان البيع اذا كان يجوز له التمسك بتملك المبيع بمضى المدة قبل المالك الحقيقى سواء كان التملك نتيجة وضع يده وحده أو مضمومة ليد البائع أم لا يجوز بناء على أن لا مصلحة له فى طلب البطلان اذ أن وضع اليد بناء على عقد البيع الذى يعد سبباً صحيحاً يكسبه الملكية بمضى ٥ سنين متى كان حسن النية — مادة ٧٦ أهلى (١٠٢ مختلط)

والظاهر أن لا محل لطلب البطلان لان المشترى متى جاز له أن يتمسك بوضع اليد المدة المكسبة للملكية لا يخشى جانب المالك الحقيقى الذى سقط حقه فى استرداد العين . ولا خطر حينئذٍ من ظهور عدم ملكية البائع لما باع وما دام الخطر قد زال فلا مصلحة للمشترى فى طلب البطلان لأن المصلحة أساس الدعوى

ولكن هذا الرأى غير خال من الاعتراض فان التملك بمضى المدة لا ينتج

مفعوله من تلقاء نفسه بل يجب التمسك به ممن له مصلحة فيه

وليس كل انسان يقبل التمسك بالتقادم والاستيلاء على مال الغير بمجرد تملكه إياه بغير رضاء مالكه ردحاً من الزمن . فاذا كان المشترى ممن لاتقبل ضمائرهم ذلك فلن يجبره أحد عليه ولن يؤاخذ على عمل يراه عدلاً وحقاً ألا وهو رد المال لصاحبه

أما البائع فيجوز له ان شاء التمسك بمضى المدة متى توفرت شروطها بالنسبة لوضع يده . فان المشترى يدخله عادة ضامناً وبهذه الصفة يجب عليه أن يقدم جميع الأوجه القانونية الممكنة التى توصله لأحباط دعوى طالب الاسترداد حتى يؤيد حق المشترى فى الملكية ويقطع أسباب كل منازعة بشأنها سواء بالحصول على حكم ضد المسترد أو بجعله يعدل عن دعواه . ومتى ثبتت ملكية البائع للمبيع انقلب البيع صحيحاً وارتفع البطلان — مذكرات المسيو تستو ناظر مدرسة الحقوق الاسبق — غير مطبوعة

٥١٦ — على أن ظاهر رأى « دو هلس » أن لا حق على الاطلاق لمشترى ملك الغير الذى يصير مالكاً بمضى المدة فى المطالبة ببطلان البيع ولا بتعويض عنه لأنه تمتع بجميع الحقوق التى للمالك من وقت البيع فلم ينله أدنى ضرر وزيادة على ذلك فانه لم يتملك العين المبيعة بمضى خمس سنين اذا كان حسن النية الا بمقتضى عقد البيع الذى هو سببه الصحيح — دو هلس فقرة ١٨ بيع ج ٢٤

٥١٧ — ولكننا نرجح الرأى الأول لعدالته وخلوه من التحريض على أخذ مال الغير . ويمكننا أن نحمل رأى الاستاذ دو هلس على أنه لا يجوز للمشترى طلب البطلان متى كان قد تمسك فعلاً من تلقاء نفسه بالتملك بمضى المدة وقضى له بها فحينئذٍ ينتفى عنه الضرر وخطر الاسترداد . أو كان المبيع منقولاً معيناً فان المشترى الحسن النية يتملكه بمجرد حيازته بناء على قاعدة الحيازة فى المنقول دليل الملك متى كان الشىء غير مسروق ولا ضائع — ٤٦ و ٨٦ و ٦٠٧ أهلى و ٦٨ و ١١٥ و ٧٣٣ مختلط

وعلى ذلك لا يجوز للمشترى أن يطلب البطلان لأنه لا يخشى من خطر الاسترداد — « أنظر بودرى المطول فقرة ١٢٣ كتاب البيع

وكذلك اذا تمسك مشترى العقار أو الحق العينى بالتملك بمضى المدة بأن كانت رفعت عليه دعوى استحقاق من المالك الطالب الاسترداد فدفعها باكتسابه الملكية بالتقادم وحكم لصالحه فلا يجوز له حينئذٍ طلب البطلان — قارن حكم محكمة جرنوبل ١٠ مايو سنة ١٨٩٢ — داللوز س ٩٢ قسم ثان ص ٥١٨. وقد اشار هذا الحكم لمبدأ آخر وهو جواز اختلاف المدد المكسبة للملكية باختلاف المالكين فيجوز اكتساب الملكية قِبل المالك الرشيد بينما تكون الملكية لم تكتسب قبل شريكه القاصر الذى له بعد بلوغ رشده طلب استرداد نصيبه

٥١٨ — يجوز للمشترى أن لا يتمسك بالبطلان وأن يجيز البيع بحالته التى بيع بها فينقلب بيعاً منتجاً لمجرد تعهدات بدل ان يكون بيعاً ناقلاً للملك . وهذا البيع جائز باتفاق المتعاقدين — انظر فقرة ٥٩٠ الآتية النتيجة الثانية

ومفاد ذلك أن دعوى البطلان تنتهى باجازة المشترى للبيع

والأجازة المشار اليها كما تصح صراحة تصح دلالة كاستلام المشترى المبيع أو دفع ثمنه بعد علمه أنه غير مملوك للبائع أو اتفاقه مع البائع بالعدول عن طلب البطلان ولكن عدوله عن البطلان يعد ضمناً عدولاً عن المطالبة بالتعويض. فإذا استحق المبيع بعد فلا يكون له حق الا فى استرداد الثمن — باندكت فقرة ٧١٣ بيع ج ٥٩

وذلك لأنه أصبح عالماً بحالة ما اشتراه فعلة التعويض سقطت

٥١٩ — يزول بطلان بيع ملك الغير باجازة المالك أو بامتلاك البائع للمبيع بعد البيع . وسبب ذلك انه طالما ان المشترى لم يطلب بطلان البيع فيعتبر راضياً به وبأنه منتج لمجرد تعهدات . فاذا أصبح البائع مالكاً للمبيع أو أجاز المالك الحقيقى البيع زال المانع من نقل الملك فى وقت لا يزال اتفاق المتعاقدين فيه قائماً فيرتفع البطلان . ومن جهة أخرى يجب على البائع بمجرد اكتسابه الملكية أن ينقلها للمشترى تنفيذاً لتعهده القاضى بذلك وسكوت المشترى بغير أن يطلب البطلان يفيد رضاءه بالبيع وحينئذٍ يكون التراضى من الجانبين واقعاً فيتم البيع . ومتى كان البيع تاماً فلا يجوز للمشترى أن يطلب البطلان النتيجة الثالثة

٥٢٠ — ولأجل زوال بطلان بيع ملك الغير بالاجازة أو امتلاك البائع يجب أن

لا يكون المشترى قد طلب البطلان قبل حصولها لأنه اذا كان المشترى طلب البطلان أفاد ذلك رجوعه فى رضائه . ومن جهة أخرى فالقاضى الذى يحكم فى طلب البطلان يسند حكمه الى وقت رفع الدعوى أى الى وقت طلب البطلان السابق على الإجازة أو على الامتلاك

يستفاد مما تقدم أن الاجازة أو الامتلاك المزيلين للبطلان هما السابقان على طلبه لا اللاحقان له

٥٢١ — ولا يعترض على ذلك بأنه فى حالة فسخ العقود الملزمة للجانبين يجوز الوفاء أثناء سير الدعوى بشرط دفع المصاريف المترتبة على التأخير فكان اللازم أن يكون الأمر كذلك هنا لأن الحالتين مختلفتان. ووجه الاختلاف أنه فى حالة طلب فسخ العقد يجوز للمحكمة أن تمنح المدعى عليه ميعاداً لائقاً ينفذ فيه تعهده فلا يكتسب المشترى حق الفسخ طالما انه لم يصدر به حكم

أما فى حالة طلب البطلان فليس على القاضى سوى ان يفصل فيما اذا كان الطالب محقاً فى طلبه أو غير محق . فاذا تبين أن نقل الملك كان مستحيلاً وقت رفع الدعوى كان المشترى محقاً فى طلبه

٥٢٢ — وهناك رأى آخر يقول بأن الاجازة أو الامتلاك يزيلان البطلان ولو حصلا بعد رفع الدعوى ويبيح للبائع أن يدفع بعدم قبول دعوى البطلان لحصول الاجازة طالما أن الحكم لم يصدر وذلك لأن رفع الدعوى لا يكسب المشترى حقاً جديداً خصوصاً وأنه غير ظاهر بناء على أية قاعدة قانونية يمكن منع البائع من اصلاح خطأه فى بيع شىء لم يملكه بشرائه هذا الشىء من مالكه الحقيقى أو الحصول على اجازته

يقولون إن المشترى برفعه دعوى البطلان يكون عدل عن البيع والحكم يسند لوقت رفع الدعوى لا الى وقت الحكم وهو استدلال لا قوة له فان المشترى حينما رفع الدعوى طالبا البطلان كان مضطراً لذلك لأنه كان يستحيل نقل الملك اليه من غير مالك ونقل الملك هو الغرض المقصود من البيع . فاذا قبل المالك نقل الملك اليه

تحقق غرضه وأصبحت دعواه بلا أساس لأن مصلحته فى البطلان عدمت وما دام لا مصلحة فلا دعوى — الباندكت فقرة ٧٢١ بيع ج ٥٩

٥٢٣ — ويلاحظ أنه اذا اكتسب البائع الملك بعد البيع بالشراء أو الإرث أو غيرهما من أسباب التملك ثم امتنع عن تنفيذ تعهده القاضى بنقل الملك للمشترى فللمشترى أن يجبره على ذلك عملاً بنص المادة ١١٨ أهلى (١٧٥ مختلط) التى تجيز للدائن ان يحصل على وضع يده على الدين اذا كان عيناً معينة وحدث ملك المدين لها بعد التعهد ولم يكن لأحد حق عينى عليها

كما يلاحظ أن بعضهم يرى أن اجازة المالك للبيع تجعل العقد الصادر من البائع فى حكم التعهد بالحصول على تصديق المالك بالبيع . فتسرى على العلاقة فيما بين البائع والمالك أحكام الوكالة واذا كان الثمن دفع للبائع فللمالك الرجوع عليه به — انظر هلتون فقرة ٦ ص ٢١ ج ٢ وفقرة ٥٩٣ الآتية

وفى ذلك مماثلة لأحكام بيع الفضولى

رأى الفقهاء

٥٢٤ — أما الفقهاء فرأيهم أن البيع يصح باجازة المالك وتعتبر الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وأنه اذا طرأ الملك البات على الموقوف أبطله و يتضمن ذلك ان من باشر عقداً فى ملك الغير ثم ملكه ينفذ لزوال المانع كالغاصب باع المغصوب ثم ملكه والابن باع ملك أبيه ثم ورثه وهكذا — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٩

النتيجة الرابعة

٥٢٥ — تسقط دعوى البطلان بمضى المدة القانونية وهى ١٥ سنة . ويبتدىء سريان هذه المدة من يوم البيع اذا كان المشترى عالماً بأن المبيع غير مملوك للبائع لأنه يجوز له من ذلك الحين أن يطعن بالبطلان ومن يوم علمه فقط بأن الشىء غير مملوك للبائع أى من يوم اكتشاف العيب اذا كان المشترى حسن القصد — انظر بودرى فقرة ١١٩ وجه ثالث

النتيجه الخامسة

٥٢٦ — يجوز للمشترى الذى يطلب بطلان بيع صادر فى ملك الغير ان يطلب تعويضاً عما لحقه من الضرر اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع لما باعه وكان البائع يعلم أن الشىء غير مملوك له — انظر تفصيل ذلك فى الفرع التالى

ميزة جعل البطلان نسبياً

٥٢٧ — ان جعل بيع الشيء الغير المملوك للبائع باطل بطلاناً نسبياً يترتب عليه أن البيع ينتج مفعوله وجميع أحكامه طالما أنه لم يحصل بطلانه . وذلك هو السبب الذى ينبى عليه تفسير المسائل الآتية :

ا — جعل البائع ضامناً للمبيع اذا استحقه مالكه الحقيقى ونزعت ملكيته من المشترى — مادة ٣٠٠ وما بعدها

ب — صلاحية البيع لأن يكون سبباً صحيحاً للمشترى فى تملك العين بمضى خمس سنين متى كان حسن النية — ٧٦ اهلى و١٠٢ مختلط

ج — امتلاك المشترى لغلة المبيع متى كان حسن النية كذلك — قارن مادتى ٥٤٩ و ٥٥٠ فرنساوى

أما لو كان بيع ملك الغير باطلاً بطلاناً أصلياً لما جاز ترتب هذه الاحكام عليه — « قارن بلانيول فقرة ١٤٢٣ ج ٢ »

الفرع الثانى — فى حق المشترى لملك الغير فى طلب التعويض من البائع

٥٢٨ — اذا باع أحد شيئاً على انه مملوك له ثم تبين بعد انعقاد البيع عدم ملكيته للمبيع جاز للمشترى أن يطلب منه التضمينات اللازمة اذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع أى كان حسن النية — مادة ٢٦٥ اهلى و ٣٣٤ مختلط

أما اذا كان المشترى يعلم أن البائع لا يملك المبيع فيحمل البيع على انه ما كان يقصد به نقل الملكية اليه فى الحال ولا يجوز له أن يشكو من ضرر أقدم عليه باختياره وارادته ولذلك حرمه القانون من طلب التعويض

٥٢٩ — وقد حكمت المحكمة المختلطة بأنه فى حالة بيع ملك الغير لا يجوز طلب التعويض الاّ اذا كان المشترى حسن النية أى يجهل أن المبيع كان مملوكاً للغير — « مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ س ١١ ص ١٦٢ فقرة ٤٣٤٩ » مجموعة ثانية

٥٣٠ — فيستخلص مما تقدم أن للمشترى حالتان فإما أن يكون حسن النية أو سيئها :

ا — فان كان سيء النية فأنه يحصل على بطلان العقد فقط لأن طلب البطلان من حقه كما بينا قبل وليس له أن يطلب تعويضاً ما — انظر فقرتى ٥٠٧ و٥٠٨ السابقتين

ولكن متى قضى له بالبطلان فانه يعفى من دفع الثمن اذا لم يكن استلم المبيع ويسترده من البائع اذا كان دفعه اليه لأنه يكون دفع شيئاً غير مستحق وفى الحالة الأخيرة يلزم طبعاً برد المبيع الى البائع اذا كان قد استلمه

ب — أما ان كان حسن النية فله الحق فى طلب التعويض مع طلب البطلان . ويقدر التعويض بحسب القواعد العامة أى بحسب أحكام المادة ١٢١ أهلى (١٧٩ مختلط) . لأن التعويض عبارة عن المكسب الذى ضاع على المشترى بسبب عدم صيرورته مالكاً

٥٣١ — إلا أنه يشترط بحسب القانون المصرى أن يكون البائع «سيء القصد» أى عالماً بأن المبيع غير مملوك له حتى يجوز للمشترى مطالبته بالتعويض وذلك عملاً بنص المادة ٢٦٥ أهلى (٣٣٤ مختلط) — راجع النص الفرنساوى فانه أظهر

ومما يلاحظ ان فى هذا القيد مخالفة للمبادئ الفرنساوية فانه بحسب تلك المبادئ ليس من الضرورى أن يكون البائع سيء القصد وقت البيع حتى يجوز للمشترى الحسن النية المطالبة بالتعويضات وذلك استناداً على ان البائع وان حسنت نيته فهو المتسبب على كل حال فى الضرر الذى يلحق المشترى لأنه قدم اليه شيئاً على أنه مملوك له فمن العدل ان يلزم بتعويض الضرر الناشئ عن فعله — بلانيول فقرة ١٤٢٦ ج ٢ وبودرى المطول ص ١١٥ كتاب البيع وجه خامس

٥٣٢ — وقد خالفت المحكمة المختلطة فى أحد أحكامها مبدأ القانون المصرى فقضت بأن بطلان البيع الحاصل فى ملك الغير يستوجب الحكم بالتضمينات اذا كان المشترى يجهل العيب اللاحق بالمبيع ولو كان البائع حسن النية — مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ س ٢ ص ٢٢٩ وفقرة ٤٤٥٠ مجموعة اولى

والظاهر أنها تأثرت بالمبادئ الفرنساوية . أما شراح القانون المصرى

فقالوا باشتراط سوء نية البائع حتى تستحق عليه التعويضات للمشترى الحسن النية — « انظر دو هلس فقرة ١٩ بيع ج ٤ وجرانمولان فقرة ٣٩ كتاب العقود »

٥٣٣ — وللمشترى الحسن النية الحق فى التعويض ولو كان عدم علمه بأن البائع لا يملك المبيع ناشئاً عن اهماله وعدم اهتمامه بالبحث عن ملكية البائع للمبيع اذ يكفى ان يكون المشترى حسن النية والواجب يقضى بأن البائع هو الذى ينبهه لهذا الأمر وليس للبائع أن يحتج بثقة المشترى به ويتخذها سلاحاً يتقى به تبعة خطأه ويتخلص من نتائج عمله — انظر بودرى المطول فقرة ١٢٥ ص ١١٥ والباندكت فقرة ٦٨٥ بيع ج ٥٩

٥٣٤ — ويجب على البائع أن يرد للمشترى الحسن النية رسوم العقد ومصاريفه زيادة على رد الثمن لأنه اذا تبين أن العقد باطل فذلك نتيجة خطأ البائع ولو لم يحصل التعاقد لما اضطر المشترى لدفعها

أما اذا كان المشترى سيىء القصد أى عالماً بأن المبيع غير مملوك للبائع فلا يجوز له المطالبة بمصاريف العقد ورسومه لأنه كان على بينة من الأمر وعلى علم بأنه يكون عرضة لنتائج شراء شىء غير مملوك للبائع — اوبرى ورو ج ٤ فقرة ٣٥٠ ص ٣٥٤ طبعة رابعة والباندكت فقرة ٦٩٠ بيع ج ٥٩ .

الفرع الثالث — فى تأثير بيع ملك الغير بالنسبة المالك الحقيقى
حق المالك فى الاسترداد — حقه فى إجازة البيع

٥٣٥ — بينا فيما تقدم أحكام بيع ملك الغير بالنسبة للمتعاقدين (البائع والمشترى) ونشرع الآن فى بيان حكمه بالنسبة للمالك الحقيقى وتأثيره على حقوقه قبل المتعاقدين المذكورين

٥٣٦ — من الثابت ان المالك الحقيقى كان أجنبياً عن البيع ولم يشترك فيه ولذلك فلا تأثير للعقد عليه سيان اعتبر البيع بين المتعاقدين صحيحاً أو باطلاً . فلا يمكن ان يسلب حقه بمقتضى عقد لم يصدر منه أو يترتب عليه أدنى ضرر له من جرائه — انظر مادة ١٤٢ اهلى (٢٠٣ مختلط)

٥٣٧ — وعلى هذا فحقوق المالك لا تزال ثابتة وباقية . وقد صرح القانون فى عدة مواضع بمراعاتها [1] . وله بناء على ذلك ان يسترد المبيع أو يجيز البيع اذا رأى فى ذلك منفعة له وبإجازته يزول البطلان ويصح البيع — انظر مادة ٢٦٤ اهلى و٣٣٣ مختلط

وسنتكلم على ذلك فى المبحثين الآتيين :

المبحث الأول — فى حق المالك الحقيقى فى استرداد المبيع

٥٣٨ — للمالك الحقيقى بناء على ما قدمنا ان يسترد المبيع برفعه دعوى الاستحقاق إما على البائع أو على المشترى تبعاً لما اذا كان حصل تسليم المبيع بناء على عقد البيع أو لم يحصل . فاذا لم يكن حصل التسليم رَفع الدعوى على البائع . واذا كان حصل التسليم رفعها على المشترى لأنه أصبح الواضع اليد

٥٣٩ — وليس من اللازم مطلقاً أن يطلب المالك الحقيقى الحكم أولاً ببطلان البيع اذ لا أثر لعقد البيع قِبله — لأنه أجنبى عنه — ولا يجوز الاحتجاج عليه به وعلى ذلك فانه يرفع دعوى الاستحقاق مباشرة — باندكت فقرة ٦٩٨ بيع ج ٥٩

٥٤٠ — وله أن يرفع دعوى الاستحقاق فى أى وقت طالما ان حقه فى ذلك لم يسقط بمضى المدة القانونية أو بتملك المشترى للمبيع بوضع اليد . فان عقد البيع يعتبر بالنسبة للمشترى سبباً صحيحاً يكسبه الملكية بمضى خمس سنوات متى كان حسن النية والا فبمضى ١٥ سنة

٥٤١ — ويرى من ذلك ان التملك بالتقادم مؤثر على حق الاسترداد بل ومسقط له قبل انتهاء سقوطه قِبل البائع أو بمضى المدة العادية

ولبيان ذلك نتكلم على تأثيره أولاً فيما بين المالك والمشترى ثم على تأثيره فيما بين المالك والبائع

٥٤٢ — أما فيما يتعلق بعلاقة المالك بالمشترى فتختلف باختلاف ما إذا كان تأثير التقادم على

---

(1) انظر مواد ٤٦ و ٨٦ و ٨٧ اهلى (٦٨ و ١١٢ و ١١٦ مختلط)

علاقة المالك الحقيق بالمشترى

المبيع عقاراً . أو منقولاً والمشترى حسن النية أو سيئها . و بيده سبب صحيح أو لا

٥٤٣ — فان كان المبيع عقاراً أو حقاً عينياً وكان المشترى حسن النية و بيده سبب صحيح تملكه بمضى خمس سنوات متواليات . أما اذا لم يتوفر شرط حسن النية ولا السبب الصحيح تملكه بمضى ١٥ سنة — مادة ٧٦ أهلى و ١٠٢ مختلط

وعلى ذلك يسقط حق المالك فى الاسترداد بمضى هاتين المدتين بحسب الأحوال

٥٤٤ — وان كان المبيع منقولاً فالمشترى كذلك إما ان يكون حسن النية أو سيئها .

فان كان حسن النية واستلم المنقول تملكه فى الحال وكان سقوط حق المالك فى الاسترداد سقوطاً وقتياً . ويترتب على ذلك أن المشترى يأمن دعوى الاستحقاق وذلك لأن له أن يستفيد ويتمسك بقاعدة « الحيازة فى المنقول دليل الملك » ولو لم يكن ملكاً لمن سلمه . فمجرد الحيازة تفيد السبب الصحيح وحسن الاعتقاد الا اذا ثبت ما يخالف ذلك — أنظر مواد ٤٦ و٦٠٧ و ٦٠٨ أهلى و ٦٨ و٧٣٣ و٧٣٤ مختلط

٥٤٥ — ولا يستثنى من هذا الأصل سوى حالتى السرقة والضياع فان حق المالك فى استردادها لا يسقط الا بمضى ثلاث سنين حتى ولو كان المشترى حسن النية واشترى الشىء فى سوق عام أو ممن يتجر فى مثل ذلك الشىء انما يشترط ان يدفع المالك للمشترى المذكور الثمن الذى دفعه — أنظر مادتي ٨٦ و ٨٧ أهلى و ١١٥ و ١١٦ مختلط

٥٤٦ — واذا كان المشترى سيىء النية فلا تنطبق القاعدة السابقة وعلى ذلك لا يسقط حق المالك فى الاسترداد الا بمضى المدة الطويلة . على ان نص القانون صريح فى ان المقصود هو المشترى الحسن الاعتقاد . وعلى ذلك يجب على المشترى رد المبيع للمالك متى ثبتت ملكيته له — تعليقات دالاوز فقرة ١٨٢ مادة ١٥٩٩

فى استرداد الغلة

٥٤٧ — اذا استرد المالك المبيع من المشترى فهل له أن يسترد غلته منه أيضاً ؟ فى الأمر تفصيل : فالمشترى إما ان يكون حسن النية وقت ان اشترى واما ان يكون سيئها

فان كان حسن النية فلا يرد شيئاً من الغلة ولو رَدَّ المبيع لأنها تكون من حقه الى حين اكتشاف العيب وهو عدم ملك البائع لما باع . فعقد البيع يعتبر سبباً صحيحاً لحيازته والحائز بحسن نية لشيء يملك غلته

واذا كان سيء النية وجب عليه ان يرد للمالك جميع ما استغله — بودرى المطول نمرة ١٢٥ وبلانيول فقرة ١٤٢٣ ج ٢

٥٤٨ — وهذا هو مبدأ القضاء المصرى فقد حكم بأن واضع اليد بنية سليمة على عقار هو فى حل مما قبض من ثمراته جرياً على المبادئ العامة المقررة فى المادتين ١٤٥ و ١٤٦ مدنى ولا يلزم بالثمرات الا من يوم طلب الاسترداد — الاستئناف ١٦ ديسمبر سنة ٩٠٢ المجموعة الرسمية س ٤ ص ١٦٥ وقنا الجزئية ٢٠ ابريل سنة ١٩٠٢ المجموعة س ٤ ص ٧٨ وجلاد نمرة ٦ مادة ٦٥ أهلى

تأثير التقادم على علاقة المالك الحقيقى بالبائع

٥٤٩ — أما فيما يختص بعلاقة المالك بالبائع فحق المالك فى الاسترداد لا يسقط الا بمضى ١٥ سنة لأن استيلاء البائع على الشيء الذى باعه لا يكون فى الواقع بسبب صحيح

٥٥٠ — وعلى ذلك يجوز أن يكون حق المالك سقط قِبَل المشترى الذى قد يتملك المبيع بمضى ٥ سنوات بناء على السبب الصحيح وحسن النية أو تملكاً وقتياً فى المنقول بناء على قاعدة « الحيازة تفيد الملك » ولكن حقه لا يزال باقياً قِبل البائع

ويترتب على ذلك انه اذا سقط حق المالك فى استرداد العين المبيعة من المشترى فلا يكون ذلك بمانع من مطالبة البائع بالتعويضات ما دام حقه قبله لم يسقط

وبعبارة أخرى اذا لم يستطع استرداد المبيع عيناً من المشترى فله استرداد قيمته من البائع . فيرجع عليه بثمن الشيء الذى باعه أو بالقيمة التى قبضها من المشترى ولو كان البائع حسن النية . اذ العدل يقضى بأنه لا يجوز لأحد أن يغتنى من مال الغير — « ترولونج ج ١ فقرة ٢٤٣ والباندكت فقرة ٧٣٣ بيع ج ٥٩

٥٥١ — ومع ذلك يجوز للمالك الحقيقى أن يطالب البائع أيضاً بقيمة الزيادة التى تكون نشأت من تاريخ البيع الى وقت تقديم دعواه فضلاً عن المطالبة بقيمة المبيع

وقت البيع . فان قيمة المبيع وقيمة الزيادة هما المثلان تمثيلاً صحيحاً للشيء الذي لم يمكن استرداده عيناً بسبب سقوط الحق — انظر بودرى نمرة ١٢٥ والباندكت فقرة ٧٠٤ بيع ج ٥٩

٥٥٢ — على أنه لو كان البائع سيء القصد فللمالك أن يطالبه بالقيمة الحقيقية للعقار إذا كان باعه بثمن بخس كما يطالبه بدفع جميع الثمن الذى يكون قبضه إن ظهر أنه زائد عن القيمة الحقيقة وذلك لأنه يجب عليه رد جميع ما أخذ لا سيا وأنه فى هذه الحالة قد يكون نصاباً أو خائناً للأمانة — راجع تعليقات دالوز فقرة ١٧٥ مادة ١٥٩٩ والباندكت فقرة ٧٣٤ بيع ج ٥٩ ومادة ٢٩٣ عقوبات

٥٥٣ — ويظهر ذلك بالأخص فى حالة ما اذا كان البائع حائزاً للمبيع بعقد كاجارة أو وديعة . فاذا باع الشيء فانه يكون خالف نص العقد الذى بينه و بين المالك ويكون مسئولاً بمقتضى هذا العقد عن اصلاح جميع الضرر الذى يلحق المالك من فعله مدنيًّا كما قد يكون مسئولاً جنائيًّا

٥٥٤ — أما اذا لم يكن بين المالك والبائع عقد فمسئولية البائع المدنية تبنى على القاعدة العامة الواردة بمادة ١٥١ أهلى (٢١٣ مختلط) القاضية بأن كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يستوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر . ولذلك فإنه لا يلزم بالتعويض الا اذا كان سيء النية . أما اذا كان حسن النية وقت البيع فلا يسأل مطلقاً عن تعويض الضرر وانما يطالب بقيمة الثمن فقط — انظر حكم شبين الجزئية ١٦ فبراير سنة ٩٠٢ الحقوق ١٧ ص ٨٦ وجلاد مادة ١٥١ والباندكت ٧٠٢ و ٧٠٣ بيع ج ٥٩

٥٥٥ — أحكام — قد حكم بأن كل من سبب ضرراً للغير كان ملزماً بتعويض الضرر . فمن باع ما لا يملك كان عليه اذا نزعت العين من يد المشترى أن يرد اليه الثمن والمصاريف ولا يحق للبائع والحالة هذه أن ينقص من قيمة الثمن قيمة ما انتفع المشترى من العين لأنه قد انتفع مقابل ذلك بفوائد الثمن — الاستئناف ٢ مارس سنة ٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٨٧ وجلاد ٢٦٥ أهلى

٥٥٦ — وبأنه اذا اشترى شخص من الحكومة أرضاً من زوائد التنظيم على اعتقاد

أن الحكومة تملك ما باعته وبنى بها فليس من العدل أن يلزم بردها الى مالكها اذا اتضح أنها ليست ملكاً للحكومة بل تلزم الحكومة بأن تدفع الى المالك ما تساويه الأرض التي باعتها لا ما قبضته هي من الثمن — استئناف أهلي ٢٠ فبراير سنة ١٩١١ الاستقلال صحيفة ٢٦٠ سنة ٧

٥٥٧ — وبأن المنقولات التي تباع على انها ملك للمدين بناء على طلب دائنه الذي رسا عليه مزادها وكان حسن النية لا يمكن لمالكها الحقيقي أن يستردها عيناً من الدائن المشتري ولا ان يرجع عليه بثمنها وانما للمالك حق الرجوع على المدين الذي انتفع من وراء المبيع — محكمة بني سويف الاستئنافية ١٧ اغسطس سنة ٩١٠ نمرة ٩٩ صحيفة ٢٠٥ سنة ١١ مجموعة رسمية

٥٥٨ — وبأنه اذا لم يكن الثمن قد وزع على الدائنين فلا يكون له الا ان يشاركهم في التوزيع لانه ليس له امتياز عنهم أما اذا كان الثمن وزع بين الدائنين أو دفع الى الدائن الحاجز فليس للمالك رجوع على أحد منهم الا اذا كان الدائن الحاجز سيء النية ففي هذه الحالة للمالك بمقتضى المبادئ العامة أن يطالبه بالثمن بل وبتعويضات — قنا الجزئية ١٦ يناير سنة ٩٠٥ مجموعة سنة ٦ ص١٢٢ وجلاد مادة ٤٦ .

٥٥٩ — اذا هلك المبيع وجب على البائع رد قيمته وجاز الزامه بالتعويضات اذا كان سيء النية — تعليقات داللوز فقرة ١٨٤ مادة ١٥٩٩

أما الشريعة الاسلامية فتقضي بأنه اذا سلم الفضولي للمشتري العين التي باعها له بدون اذن مالكها فهلكت في يد المشتري فللمالك أن يضمن قيمتها أيهما شاء من الفضولي أو المشتري وأيهما اختار ضمانه برئ الآخر — مادة ٣٠٢ مرشد الحيران

٥٦٠ — وحيث كان للمالك حق استرداد المبيع ونزعه من تحت يد المشتري فيجوز للمشتري أن يطلب البطلان قبل أن يرفع المالك دعواه

ويستخلص من ذلك أن حق المشتري في طلب البطلان مترتب على خوفه من دعوى الاستحقاق ونزع المبيع منه . فان تبين ذلك كان له طلب البطلان وان لم يكن

من محل للخوف فلا يجوز له ان يبطل بنفسه حق تملكه الذى ليس لأحد أن يسلبه اياه .

ولهذا ففى حالة بيع المنقول اذا كان المشترى حسن النية واستلم المبيع فلا يحق له طلب البطلان بناء على قاعدة « الحيازة فى المنقول دليل الملك »

أما اذا لم يكن استلمه جاز له طلب البطلان لعدم جواز التمسك بالقاعدة السابقة وحينئذٍ يكون له مصلحة فى طلبه

واذا كان المشترى سيئ النية فله قبل الاستلام كما له بعده طلب البطلان لأن القاعدة لا تنطبق كما قدمنا (فقرة ٥٤٦) ويبقى دائماً عرضة لاسترداد المبيع منه بمعرفة المالك الحقيقى فله فائدة حينئذٍ من اثبات بطلان البيع قضائياً وعلى ذلك تكون دعواه مقبولة — الباندكت فقرة ٧٣٥ و ٧٣٦ بيع ج ٥٩

المبحث الثانى — فى اجازة المالك للبيع

٥٦١ — صرح القانون فى المادة ٢٦٤ أهلى (٣٣٣) مختلط أن بيع الشىء المعين الذى لا يملكه البائع يصح اذا أجازه المالك الحقيقى

ومفاد ذلك أن بطلان البيع الوارد على ملك الغير هو بطلان نسبى لأنهُ من المقرر أن الاجازة لا تلحق غير العقود القابلة للبطلان — انظر بلانيول فقرة ١٢٩٦ ج ٢ وفقرة ٤٩٨ السابقة

٥٦٢ — والاجازة كما تكون بالصراحة تكون بالدلالة . وتقدير الاجازة الضمنية أمر متعلق بتقدير القضاء يقدره بحسب ظروف كل حالة

٥٦٣ — ويترتب على الاجازة نقل ملك المبيع للمشترى وارتفاع البطلان وبالتالى سقوط حق المالك فى الاسترداد وحق المشترى فى الطعن بالبطلان انما يجب حصول الاجازة قبل أن يكون المشترى طلب البطلان كما أوضحنا ذلك فى فقرتى ٥١٢ و ٥١٣ السابقتين . وذلك لأن الاجازة تفيد دلالة العدول عن الاسترداد .

والرضاء بنقل الملك للمشترى فلا يجوز للمشترى حينئذٍ أن يطلب البطلان لأن الغرض الذى كان يرمى اليهِ من مباشرة الشراء وهو نقل الملك تحقق برضاء المالك فأصبح لامصلحة له فى طلب البطلان . ومتى عدمت المصلحة انعدمت الدعوى — « باندكت فقرة ٧١٨ بيع ج ٥٩ »

في مفعول الاجازة

٥٦٤ — ولكن اذا أجاز المالك الحقيقى البيع فمن أى وقت يعتبر انتقال الملك للمشترى هل يعتبر من وقت الاجازة أو من وقت البيع ؟

فللمسألة فائدة عملية اذ من المحتمل ترتب حقوق عينية من المالك الحقيقى أو المشترى على المبيع فى المدة التى انقضت بين البيع والاجازة . فاذا استند انتقال الملك الى وقت العقد كانت التصرفات العينية الصادرة من المالك الحقيقى باطلة والصادرة من المشترى صحيحة . أما اذا استند الى وقت الاجازة فتعتبر تصرفات المالك صحيحة لأنه يعتبر مالكاً الى أن أجاز

والرأى المتبع انه اذا أجاز المالك الحقيقى البيع فلا يكون لاجازته مفعول الاّ من وقت صدورها فقط ولا تأثير لهـا على الماضى اذ لا يسوغ أن يترتب على الاجازة ضرر لأصحاب الحقوق العينية الذين يكونون اكتسبوها من المالك الحقيقى قبل تاريخ حصولها وحفظوها قانوناً

٥٦٥ — ويجب تسجيل الاجازة لانها هى الناقلة لملك المبيع للمشترى لا عقد البيع الصادر من البائع وهو غير مالك وطالما أن التسجيل لم يحصل فيجوز للغير أن يكسب حقوقاً عينية على العقار من نفس المالك ولو بعد صدور الاجازة منه لأنه لا يحتج بالعقود الناقلة للملك على الغير الاّ بتسجيلها — قارن فى ذلك بودرى فقرة ١٢٥ مكررة ودوهلس فقرة ٢٠ بيع ج ٤

٥٦٦ — ويستخلص من ذلك أن الملكية تنتقل للمشترى مثقلة بالحقوق المترتبة عليها من جانب المالك الحقيقى

٥٦٧ — ويجب على كل حال لمنع دعوى البطلان بالاجازة أن تكون اجازة

المالك مانعة من خطر الاستحقاق فى المستقبل فلو بقى المشترى مهدداً بجواز نزع ملكية المبيع منه جاز له طلب البطلان ولو مع حصول الإجازة . مثال ذلك بيع مال ظهر انه لقاصر ولكنه أجازه فاجازته هذه لا تمنع المشترى من طلب بطلان البيع قبل البائع لأن للقاصر أن يرجع فى اجازته بعد بلوغ رشده[1]

اساس تصحيح البيع بالاجازة

٥٦٨ — قرر القانون أن بيع ملك الغير يصح اذا أجازه المالك الحقيقى ولكن الظاهر ان الحكمة من تصحيح هذا البيع باجازة المالك لا ترتكز على أساس قانونى اذ يجب النظر فى تقدير شروط صحة أى عقد و بطلانه الى عناصره المكونة له لا الى أمور خارجة عنه . صحيح أن هذا العقد باطل بطلاناً نسبياً وكل بطلان نسبى يجوز تصحيحه بالاجازة . ولكن يجب أن تصدر ممن له الحق بالتمسك بالبطلان وهو المشترى فلا يصح أن تصدر من البائع ولا من المالك وهو أجنبى عن العقد ولا ضرر على حقه منه . فلا معنى حينئذٍ لأن اجازة المالك تصحح بطلان عقد لم يشترك فيه ولن يمسسه منه سوء

٥٦٩ — ولكن المحاكم الفرنساوية لم تجر على تلك القواعد مدفوعة بمؤثرات عملية لهذا قررت بأنه لو حصلت الاجازة أو امتلك البائع المبيع زال الخطر عن المشترى لأنه لا يخشى نزع ملكية المبيع . وعلى ذلك لا يكون له مصلحة فى طلب بطلان عقد رغب فيه ورضى به بعد أن استقر له ملكه ولهذا تعتبر أن البطلان يزول بالاجازة وبالامتلاك — انظر بلانيول فقرة ١٤٢٨ ج ٢

٥٧٠ — ولسنا ندرى إن كان القانون المصرى جارى القضاء الفرنساوى حينما نص على صحة بيع ملك الغير باجازة المالك الحقيقى أو استمد النص من الشريعة الاسلامية . فان الشريعة الاسلامية وان كانت تقضى حقيقة بصحة البيع اذا أجازه المالك الاّ أن ذلك مقبول فى بيع الفضولى فان الفضولى بالاجازة يصير وكيلاً

(١) يذكر الشراح الفرنساويون مثلاً آخر لهذه الحالة حكمت فيه محاكمهم وموضوعه أن المشترى طلب بطلان البيع بعد الاجازة اذا خشى من خطر وجود رهن تأمينى لمصلحة زوجة المالك . بودرى فقرة ١٢٥ كتاب البيع

وربما كان هذا مبعث الفكرة التى أبداها بعضهم بأن اجازة المالك تجعل عقد بيع ملك الغير فى حكم التعهد بالحصول على تصديق المالك[1] وبذلك تسرى على العلاقة بين المالك والبائع بعد الاجازة أحكام الوكالة وللمالك الرجوع على البائع بالثمن اذا كان دفع اليه بناء على ذلك — راجع هلتون فقرة ٦ ص ٢١ ج ٢ وفقرة ٥٧٤ الآتية عبارة أخيرة

٥٧١ — أما فى الشريعة الاسلامية فحكم الاجازة فى البيع الموقوف انهـا اذا حصلت تجعل الملك تاماً للمشترى من وقت الشراء احكام الاجازة فى الشريعة

ويعلل الفقهاء ذلك بأن سبب الملك هو عقد البيع الموقوف (الصادر من الفضولى) وكان تاماً فى نفسه ولكن امتنع ثبوت الملك للمشترى لمانع وهو حق المالك فاذا ارتفع بالاجازة ثبت الملك من وقت السبب لأن الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتـداء والاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة — فتح القدير ص ٣٠٦ ج ٥ والزيلعى ص ١٠٣ و ١٠٤ و ١٠٨ ج ٤

وهى نظرية تتمشى مع حكم بيع الفضولى لأنه يجب أن يبيع الفضولى باعتبار أن المبيع ملك لغيره لا ملك لنفسه

٥٧٢ — على ان حقوق الغير بحسب قواعد الشريعـة محفوظة أيضاً اذ من المقرر أن بيع المرهون والمستأجر ينعقد موقوفاً على اجازتهما وبذلك تحفظ حقوقهما — « مادة ٢٩٩ مرشد الحيران »

٥٧٣ — أما والرهن لا يمنع البيع قانوناً فيجب أن لا تضر به الاجازة ومعلوم أنه لو ثبت حكمها مستنداً الى وقت العقد لتضرر المرتهن لأن الملكية اذا اعتبرت منقولة من وقت العقد أفاد ذلك ان المالك وقت ان رهن لم يكن مالكاً على ان الرهن صدر منه قبل الاجازة أى قبل زوال الملك عنه ومتى سُجل جاز الاحتجاج به على الغير (وهو هنا المشترى) عملاً بنص المادة ٦١١ أهلى (٧٣٧ مختلط)

٥٧٤ — ويشترط بحسب الشريعة الاسلاميـة لصحة الاجازة الصادرة من

---

(١) Obligation de porte-fort وانظر الكلام عليه فيما يأتى فقرة ٥٩٣

المالك بقاء المتعاقدين والمعقود عليــه والمعقود له (أى المالك) وذلك لأن الاجازة تصرف فى العقد فلابد من قيامه ولا يقوم العقد الاّ بهذه الأشياء كما ان الاجازة تأخذ حكم الانشاء — انظر مادة ٣٠١ مرشد الحيران

وقد شرط بقاء المعقود عليه لأن الملك لا ينتقل الاّ بعــد الاجازة فاذا هلك فلا يمكن انتقاله .. وشرط بقاء المشترى ليلزمه الثمن إذ بعد الموت لا يلزمه الثمن ما لم يكن لزمه حال أهليته . والبائع لأنه تلزمه حقوق العقد بالاجازة وهى لا تلزم الا حيًّا . والمالك لأن الاجازة تكون منه لا من وارثه (المفروض فى ذلك كله بيع الفضولى)

واذا أجاز المالك صار المبيع ملكاً للمشترى والثمن مملوكاً له أمانة فى يد الفضولى لأنه صار بمنزلة الوكيل اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة — فتح القدير ص ٣١٢ ج ٥ ومادة ٣٠٢ مرشد الحيران

٥٧٥ — ويلزم كذلك ان يصدر البيع وله مجيز وقت العقد فان لم يكن له مجيز انعقد باطلاً مثال ذلك بيع مال الصغير والمجنون ولا وصى أو قيّم لهما فالبيع لا يصح لأنه لا مجيز له وقت صدوره — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢

٥٧٦ — أما لو باع انسان مال يتيم ثم جعله القاضى وصياً له فأجاز ذلك البيع صح لأنه صار يملك العقد فيملك الاجازة ولا يمنع كونه كان العاقد بنفسه أو لا — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢

٥٧٧ — والمراد بالمجيز كل من له ولاية امضاء ذلك الفعل من مالك أو ولى كأب وجد ووصى وقاضٍ — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢

٥٧٨ — ومن ليس له ولى أو وصى خاص وكان تحت ولاية قاض فتصرفه موقوف على اجازة ذلك القاضى أو اجازته بعد بلوغه — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٢

٥٧٩ — والاجازة كما تكون صريحة تكون ضمنية فأخذ الثمن من المشترى أو طلبه منه يعد اجازة — ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧

٥٨٠ — واذا بدر من المالك ما يفيد عدم اجازته بيع الفضولى ثم أراد بعد ذلك

اجازته فلا تصح الاجازة لأن البيع يكون فُسخ بما وقع منه أولاً والمفسوخ لا يجاز — « ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٨ وهذا يشبه ما ورد فى فقرة ٥٢٠ فقارن بينهما »

فى اجازة تصرفين معاً

٥٨١ — نص الفقهاء على أنه لو باع فضولى عيناً وأجرها فضولى آخر فأجيز التصرفان معاً (أى أجاز المالك البيع والاجارة) ثبت الأقوى فيجوز البيع وتبطل الاجارة لأن البيع أقوي . وهكذا تعتبر الهبة أقوى من الاجارة اذا وهب العين شخص وأجرها آخر

والاجارة أحق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن. والبيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشيوع — فتح القدير ص ٣٢٢ جزء ٥

٥٨٢ — ولكن مسألة اجازة التصرفين معاً فى الغالب مسألة نظرية اكثر منها عملية . على انها لو صحت الآن فتُحل قانوناً بحسب قواعد التسجيل فمن سجل أولاً فضل من جهة مراعاة حقوقه . فان حصل بيع ورهن مثلاً على ملك الغير وأجيزا وكان البيع سجل أولاً احتج به على الغير وهو المرتهن . وان سجل الرهن فلا يمنع البيع ولكن الملك ينتقل الى المشترى مشغولاً به . وكذلك الحال فى الاجارة فان كانت ثابتة التاريخ جاز التمسك بها على المشترى والا فلا — ٣٨٩ أهلى و ٤٧٤ و ٤٧٥ مختلط

الفرع الرابع — فى العقاب على بيع ملك الغير

٥٨٣ — نصت المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات الأهلى على عقاب من يتصرف فى مال ثابت أو منقول ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه واعتباره نصّاباً اذا كان التصرف بسوء قصد وتوفرت فيه أركان المادة المشار اليها . أما اذا كان المتهم يعتقد حقاً انه يجوز له اجراء هذا التصرف فلا يجوز الحكم عليه بعقوبة ما لما يقتضيه ما ورد فى المادة من قوله « وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها »

٥٨٤ — واذا كان موضوع الجريمة عيناً من الأعيان الثابتة تكونت الجنحة التى كانت معروفة فى القانون الفرنساوى بـ (Stellionat)

أما اذا كان موضوعها منقولاً فالغالب ان يكون تطبيق هذه المادة نادر الحصول ولكنه يكون معاقباً عليه عادة كسرقة أو خيانة أمانة وقعت اضراراً بالمالك الحقيقى — « راجع التعليقات الصادرة من نظارة الحقانية على قانونى العقوبات وتحقيق الجنايات »

الفرع الخامس — فى حدود تطبيق المادة ٢٦٤ والأحوال التى تدخل فى حكمها والتى لا تدخل

فى قصر النهى على بيع الاشياء المعينة

٥٨٥ — صرح القانون فى مادة ٢٦٤ أهلى (٣٣٣ مختلط) ان البيع الذى يلحقه البطلان هو بيع الشيء « المعين » الذى لا يملكه البائع والمراد بذلك الأشياء المعينة بذاتها كبيع منزل خاص أو أرض معينة فخرج بيع الأشياء المعينة بنوعها كقمح وقطن وهكذا

وسبب ذلك ان البيع ينقل الملك بمجرد التعاقد فى الأشياء المعينة بذاتها (١) ولما كانت الملكية لا تنتقل الاّ من مالك فيتعذر نقلها شرعاً من غير مالك وعلى ذلك لا ينتج البيع أهم حكم له فيكون باطلاً فعلة البطلان فى الواقع هى استحالة نقل الملك فى الحال بمجرد التعاقد . فكلما انعدمت هذه العلة انعدم معلولها وهو البطلان وكان البيع صحيحاً

ويظهر انعدامها فى حالتين :

بيع الاشياء المعينة بنوعها

٥٨٦ — الحالة الأولى — اذا كان المبيع معيناً بنوعه فقط كالأشياء الجنسية أو المثلية مثل قمح أو قطن أو قصب فالمادة لا تنطبق لأن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد وانما تنتقل بالتسليم — انظر مادة ٢٦٨ أهلى و ٣٣٨ مختلط

وما دامت الملكية لا تنتقل الاّ بالتسليم فلا محل للقول بأن البائع باع ملك الغير لأن فى وسعه الحصول على الأشياء المبيعة وتمليكها للمشترى فى الميعاد المحدد للتسليم

---

(١) انظر مواد ٢٦٦ و ٢٦٧ أهلى و ٣٣٦ و ٣٣٧ مختلط والمادة ٩١ الواردة فى باب التعهدات العامة

٥٨٧ — والواقع أن بيع الأشياء المعينة بنوعها لا يعد بيعاً تاماً بمجرد التعاقد بل بيعاً منتجاً لمجرد تعهدات تقضى على البائع أن ينقل ملكية ما باعه للمشترى وليس بلازم لصحته أن يكون البائع مالكاً للمبيع عند التعاقد بل يكفى قياماً بتنفيذ تعهده تنفيذاً قانونياً أن يكون مالكاً له وقت التسليم حتى يملّكه للمشترى — الباندكت فقرة ٧٩٣ بيع ج ٥٩ وبلانيول فقرة ١٤١٨ ج ٢ ودوهلس فقرة ٧ بيع ج ٤

شيوعه فى بيع السلم والمضاربات

٥٨٨ — ومما تجب ملاحظته ان بيع الأشياء المعينة بنوعها الغير مملوكة للبائع وقت البيع كثير الحصول فى المعاملات التجارية وبالأخص فى بيع السلم والمضاربات فالبائع يبيع مقداراً من القطن ليس فى حيازته وقت البيع ويحدد لتسليمه ميعاداً فى زمن المحصول فيحصل بهذه الكيفية على جانب من الثمن وقت التعاقد . أما فى المضاربات فللمضارب أمل الاستفادة من هبوط السعر اذا أتيح له أن يشترى بثمن أرخص مما باع وهذا هو السر فى طمع المضاربين والسبب الذى يدفعهم للمضاربة فى الأقطان والحبوب وغيرها مما جرى التعامل به فى البورصة كالأسهم أو السندات التى لحاملها

فهذا البيع وان كان وارداً فى الحقيقة على ملك الغير عند البيع ولكنه صحيح لانهُ ظاهر من طبيعة العقد ان المقصود بهِ بيع منتج لمجرد تعهدات أى ملزم للبائع بأن يحصل على ما باعه وان ينقل ملكيته للمشترى عند التسليم وليس المقصود بهِ بيعاً ناقلاً للملك فى الحال بمجرد التعاقد

صحته ولو كان الغرض مجرد دفع فروق

٥٨٩ — ولقد أدى العرف فى المضاربات الى الاقتصار على مجرد دفع الفروق المستحقة بسبب هبوط الأسعار أو ارتفاعها والاستغناء عن التسليم الحقيقى فى الميعاد المحدد وتضاربت أحكام المحاكم المختلطة فى صحة هذه البيوع بادىء بدء .ثم اضطر الشارع لشيوعها وكثرة التعامل بها الى اجازتها فاصدر القانون نمرة ٢٣ لسنة ١٩٠٩ وصرح فيهِ بأن « الأعمال المضافة الى أجل المعقودة فى بورصة مصرح بها طبقاً لقانون البورصة ولوائحها وتكون متعلقة ببضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة تعتبر

مشروعة وصحيحة ولو كان قصد المتعاقدين منها أنها تؤول الى مجرد دفع الفرق

ولا تقبل أى دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول الى مجرد دفع فروق اذا انعقد على ما يخالف النصوص المتقدمة — مادة ٧٣ معدلة من القانون التجارى

بيع منتج لمجرد تعهدات

٥٩٠ — الحالة الثانية — اذا كان المبيع عيناً معينة واتفق المتعاقدان على أن يكون البيع منتجاً لمجرد تعهدات فقط كالتعهد بأن يبيع زيد بثمن معلوم ملك عمرو الذى سعى أو يسعى فى شرائهِ من مالكه أو بيع جزء من الأرض التى طلب شراءها من الحكومة فان حكم المادة ٢٦٤ لا ينطبق لان هذا البيع وليس ناقلاً للملك فى الحال باتفاق المتعاقدين ومثل هذا التعهد جائز بناء على حرية الاتفاقات فليس من الاركان الجوهرية للبيع أن تنتقل الملكية فى الحال للمشترى وانما انتقال الملك يترتب على طبيعة العقد فى الأشياء المعينة بذاتها (مادة ٢٦٧ و ٣٣٧ مختلط). فاذا لم ينص العاقدان على ما يغايرها كان المفترض أنهم أرادوا عقداً ناقلاً للملك. أما اذا نصوا على غير ذلك فهم عند شرطهم ويعتبر نصهم اذ الاتفاق قانون المتعاقدين ما لم يخالف النظام أو الآداب

على انه يستفاد من أحكام المادة ١١٨ أهلى (١٧٥ مختلط) صحة هذا التعاقد فقد أجاز القانون للدائن أن يضع يده على الدين اذا كان عيناً معينة وحدث ملكه للمدين بعد التعهد

احكام

٥٩١ — ويترتب على هذا التعاقد جميع أحكام البيع ما عدا نقل الملك فانه لا مانع يمنع المشترى من أن يترك الزمن الكافى للبائع للحصول على المبيع بعد اجراء العقد كما لا مانع يمنع البائع من اشتراط تأخير نقل الملك حتى يدفع اليه الثمن ولكنه لا يسمى بيعاً بل عقداً غير مسمى يقضى بأن المتعهد يلتزم بشراء العقار المطلوب ليبيعه للمشترى فالبيع لا يحصل فى الواقع الا اذا تم شراء العقار فعلاً ومن تاريخ شرائه. أما قبل هذا الوقت فكان التزاماً بعمل شىء فاذا نجح المتعهد فى الشراء نفذ تعهده واذا لم ينجح استحال عليه الوفاء بعهده والزم بالتضمينات كما هى الحال فى سائر

التعهدات القاضية بعمل شيء — انظر بودان كتاب البيع فقرة ١٠٣ وما بعدها . وبلانيول فقرة ١٤١٨ ج ٢ . وبودرى فقرة ١١٦ وأوبرى ورو طبعة رابعة ج ٤ ص ٣٥٧ فقرة ٣٥١

٥٩٢ — يُستخلص مما تقدم القاعدة الآتية :

كل بيع ناقل للملك فى الحال بمجرد التعاقد يكون باطلاً اذا صدر من غير مالك ويعد بيعاً لملك الغير . وينحصر ذلك فى بيع الأشياء المعينة بذاتها

وكل بيع لاينقل الملك فى الحال بسبب محله (الحالة الأولى) أو قصد المتعاقدين (الحالة الثانية) يكون صحيحاً ولو ورد على شيء غير مملوك للبائع وقت التعاقد ولا يعد بيعاً لملك الغير

التعهد بقبول الغير

٥٩٣ — كذلك لا يدخل تحت حكم المادة ٢٦٤ التعهد الصادر من شخص باع ملك آخر وتعهد بقبوله واجازته للبيع [1] وانما تسرى عليه القواعد العمومية المقررة للتعهدات . لهذا يجب الاحتياط فى التفريق بينه وبين بيع ملك الغير . ولقد نص القانون الفرنساوى على هذا التعهد فى المادة ١١٢٠ [2] وأشارت اليه المادة ٣٣٥ مختلط ونصها:

اذا تعهد غير المالك لشيء معين «بنقل ملكيته والانتفاع به [3]» لآخر بثمن معين فيحكم فى التعهد بالتطبيق للقواعد العمومية المقررة للتعهدات الاتفاقية

وهذه المادة لم تنقل للقانون الأهلى وربما كان سبب إغفالها غموض نصها ورداءة عبارتها مضافين الى كونها تحيل على القواعد العامة ولم تأت بشيء جديد . فقد يحار المطلع عليها فلا يدرى أهى تقصد فى الحقيقة البيع بطريق التعهد عن الغير أو البيع القاضى بشراء ملك الغير ثم تمليكه للمشترى باتفاق المتعاقدين

٥٩٤ — ويترتب على التعهد بقبول الغير انه اذا نجح المتعهد فى أخذ تصديق

---

(١) *Obligation ou clause de porte — fort.*

(٢) هذا نصها : ومع ذلك فيمكن للانسان أن يعقد عقداً عن الغير ويتعهد بقبول ذلك الغير للعقد واجازته له وفى حالة عدم القبول يكون المتعهد عن الغير أو الواعد بالحصول على اجازته مسئولا عن التعويضات

(٣) وعبارة النص الفرنساوى هى

à en faire transférer la propriété et la jouissance

من المالك بالبيع خلت مسئوليته لأنه قام بنفاذ ما تعهد به وسرت حينئذٍ على العلاقة بين المالك المصدق وبين المشترى أحكام البيع فيعتبر المالك بائعاً والمتعهد المذكور وكيلاً عنه . أما اذا أخفق ولم يستطع الحصول على قبول المالك اعتبر متعهداً بعمل شيء لم يستطع تنفيذه فيلزم بالتعويضات حتى ولو كان المشترى لا يجهل أن الشيء مملوك لغير المتعهد — باندكت فقرة ٧٤٢ بيع ج ٥٩ وبودرى المطول فقرة ١٢٢ ودوهلس فقرة ١٦ بيع ج ٤

٥٩٥ — وقد حكمت المحكمة المختلطة بأن العقد الذى يلتزم بمقتضاه شخص بأن يسلم فى ميعاد معين محصولاً من زراعة غيره متعهداً بالحصول على تصديقه تحت مسئوليته الشخصية ولكنه لا يشتمل على ايصال بدفع الثمن مقدماً ولا التزام صريح بالشراء لا يعد بيعاً حقيقياً ولا وعداً من جانب البائع بالبيع ولكنه عقد غير مسمى . وفى حالة عدم الوفاء يكون المتعهد مسئولاً بحسب نص المادة ٣٣٤ مختلط (٢٦٥ أهلى) لا بحسب نص المادة ٣٤٩ مختلط (٢٧٨ أهلى) ويكون حينئذٍ للمشترى الحسن النية الحق فى التعويض متى كان البائع باع شيئاً يعلم أنه غير مملوك باعتبار انه ملكه وتقدر التعويضات بحسب القواعد العمومية

الا انه فى تقدير التعويض تقدر مسئولية الشخص الذى يضمن عمل الغير بكيفية أرفق من التى تقدر بها مسئولية شخص يبيع شيئاً له حرية التصرف فيه لأن العقد فى الحالة الأولى هو بطبيعته عقد مضاربة ومخاطرة — مختلط ٧ يونيه سنة ٩٠٠ س ١٢ ص ٣١٣ فقرة ٤٣٤٦ مجموعة ثانية

التنهد بنقل الحيازة

٥٩٦ — كذلك لا يعد بيعاً لملك الغير المتعهد القاضى بنقل الحيازة الهادئة والنافعة لشيء مملوك للغير لأن البائع لم يتعهد بنقل الملك بل تعهد بنقل الحيازة وعلى ذلك لا يعد التعاقد بيعاً بل عقداً غير مسمى ولكنه جائز قانوناً وللمشترى أن يطلب وضع يده على المبيع فاذا لم يسلمه له البائع أو سلمه له ثم نزع من تحت يده أو نازعه فى الحيازة شخص آخر الزم البائع بالتعويض باعتباره ضامناً للانتفاع — باندكت ٧٤٦ بيع ج ٥٩

بيع المملوك بشرط فاسخ أو موقف

٥٩٧ — يجوز للانسان أن يبيع الأشياء التى يملكها تحت شرط فاسخ أو موقف. فهذه الأشياء لا تعد ملكاً للغير . والتشكك فى بقاء الملكية للبائع أو فى زوالها بسبب اتمام أو عدم اتمام الشرط لا يجعله بائعاً لشىء لا يملكه . فالبيع صحيح وغاية الأمر أنه لا ينقل للمشترى من الحقوق اكثر مما للبائع أى ينقل له حقاً معلقاً على نفس الشرط وبعبارة أخرى حقاً احتمالياً يجوز تأييده كما يجوز زواله . ولبيان ذلك نتكلم على كل حالة من حالتي التملك بشرط على حدتها

فى المملوك بشرط موقف

٥٩٨ — الحالة الأولى — اذا باع شخص شيئاً يملكه ملكاً معلقاً على شرط موقف فاما أن يبيعه بيعاً معلقاً على نفس هذا الشرط أو يبيعه بيعاً باتاً منجزاً

ا — فاذا باعه بيعاً معلقاً على نفس الشرط فالبيع جائز وتتوقف حينئذٍ صحته وبطلانه على الحادثة المستقبلة : ١ — فاذا تم الشرط صح البيع لأن مفعول الشرط يستند الى الماضى وبذلك يعتبر البائع أنه كان مالكاً وقت البيع . ٢ — أما اذا لم يتم الشرط بطل البيع حيث يكون وارداً على شىء غير مملوك للبائع لأن عدم اتمام الشرط يؤثر على الماضى فيعتبر البائع أنه لم يملك المبيع مطلقاً وحينئذٍ لايمكن اعتباره مالكاً وقت البيع

ب — أما اذا باعه بيعاً منجزاً فلا يخلو الحال كذلك من أمرين : اما أن يتم الشرط أو لا يتم

١ — فان تم الشرط صح البيع لأن البائع يصير مالكاً بتحقق الشرط ومتى أصبح مالكاً فلا يجوز للمشترى طلب البطلان لأن الملكية تنتقل اليه

٢ — واذا لم يتم الشرط كان للمشترى أن يطلب بطلان البيع باعتباره وارداً على ملك الغير وان يمتنع عن دفع الثمن أو يسترده ان كان دفعه وذلك لأنه يترتب على عدم اتمام الشرط زوال حق البائع فى الملكية زوالاً يسرى على السابق واللاحق وحينئذٍ يكون البائع باع ما لايملك . ويجوز للمشترى أن يطلب كذلك تعويضاً اذا توفرت شروط استحقاقه بحسب ما بينا فى الفرع الثانى — فقرة ٥٢٨ وما بعدها

٥٩٩ — الحالة الثانية — اذا باع شخص شيئاً يملكه بشرط فاسخ طبقت نفس القواعد السابقة فانها فى الحقيقة عبارة عن تطبيق للقواعد العمومية للبيع المعلق على شرط — انظر مادتى ٢٦٩ و ١٠٥ اهلى و ٣٣٩ و ١١٥ مختلط

وعلى ذلك يكون البيع صحيحاً اذا كان معلقاً على نفس الشرط ويجوز ابطاله اذا كان منجزاً ووقع الأمر المعلق عليه الشرط كما فى حالة البيع الوفائى

فان المشترى وفاء يملك المبيع بمجرد العقد (مادة ٣٤٠ أهلى و ٤٢٤ مختلط) فاذا باعه بيعاً معلقاً على هذا الشرط فلا خلاف فى صحته أما اذا باعه بيعاً منجزاً ثم تم الشرط بأن دفع له البائع وفاء الثمن والمصاريف القانونية فسخ البيع الوفائى وعلى ذلك يفسخ البيع المنجز الصادر منه أيضاً أما اذا لم يتم الشرط فالبيع صحيح لأن البائع يستمر مالكاً . وللمشترى فى حالة اتمام الشرط أن يطلب البطلان لأن البائع يكون باع له ما لا يملك بالنظر لمفعول الشرط الذى يؤثر على الماضى وان كان المبيع نزع من يده فله رفع دعوى الضمان على البائع

وانما يلاحظ أن للمشترى منجزاً طلب بطلان البيع اذا لم يوجد اتفاق صريح بينه وبين البائع على البيع بهذه الكيفية

٦٠٠ — أما اذا صرح المتعاقدان فى الشروط بأن أحدهما يبيع والآخر يشترى حقاً معلقاً على شرط فاسخ أو موقف مقابل ثمن مستحق الآداء أو أدى فعلاً فالبيع لا يبطل ولو لم يتحقق الشرط اذا كان موقفاً أو تحقق اذا كان فاسخاً وذلك لأن البيع فى هذه الحالة لا يكون وارداً على نفس الشىء المعلق على الشرط بل على الأمل فى امتلاكه أى أن البيع فى هذه الحالة يكون من عقود الغرر المعلقة على مجرد الصدفة « انظر بودرى المطول فقرة ١٢ والباندكت فقرة ٧٤٩ بيع ج ٥٩ »

فى الفرق بين امتلاك البائع للمبيع بتحقق الشرط وامتلاكه بسبب آخر

٦٠١ — بينا أنه اذا تم الشرط الموقف قبل حصول البطلان امتلك البائع المبيع وصح البيع الصادر منه ولم يكن حينئذٍ للمشترى أن يطلب البطلان كما هى الحال اذا تم له الملك بأى طريق آخر من الطرق المكسبة للملكية كالشراء أو الإرث — « انظر فقرة ٥١٩ السابقة »

غير انه يلاحظ أن هناك فرقاً كبيراً بين اكتساب الملكية بتحقق الشرط واكتسابها بالطرق الأخرى

٦٠٢ — وبيان ذلك أنه فى حالة امتلاك البائع للمبيع بسبب آخر كشرائه مثلاً فالبيع الصادر منه ينقلب صحيحاً ولكن صحته لا تسرى على الماضى بل يحدث مفعولها من تاريخ الامتلاك بعكس حالة تحقق الشرط فان مفعول الشرط يستند الى تاريخ نفس العقد . وينبنى على ذلك انه اذا ترتبت حقوق عينية من المالك على العقار فى المدة التى انقضت بين بيعه وامتلاك البائع له بطريقة أخرى غير طريقة تحقق الشرط فهذه الحقوق العينية تبقى قائمة وقد يترتب على بقائها ضرر جسيم للمشترى يسمح له أن يطلب إما بطلان البيع أو التعويض على حسب الأحوال

أما التصرفات والحقوق العينية التى تكون صدرت من البائع على العين المذكورة قبل امتلاكه لها فتعتبر أنها صادرة من غير مالك ولا تأثير لها على حق المشترى منه « دوهلس فقرة ١٤ بيع ج ٤ »

٦٠٣ — وعلى العكس من ذلك اذا آلت الملكية للبائع بتحقق الشرط الموقف فان الملكية تنتقل الى المشترى خالية من كل حق ترتب من قِبل المالك الأصلى فى خلال المدة المعلق فيها الشرط وذلك لأنه اذا تحقق الشرط استند مفعوله الى تاريخ العقد — مادة ١٠٥ و ٢٦٩ اهلى

مثال ذلك باع زيد منزله الى بكر اذا تزوج ابنه فتنازل بكر عن هذا المنزل الى خالد ثم رهنه زيد رهناً عقارياً الى خليل وعقب ذلك تحقق الشرط بزواج الابن فبتحقق الشرط يصبح بكر مالكاً للمنزل وتنتقل ملكيته من بكر الى خالد المتنازل اليه خالياً من حق الرهن الحاصل من المالك وحينئذٍ يضيع على خليل حقه فى الرهن

على ان حق الرهن لا يسقط بحسب القانون المختلط اذا كان الدائن المرتهن يجهل تعلق ملك المدين على شرط وقت الارتهان — مادة ٣٤٠ مختلط

٦٠٤ — ومن المعلوم أنه لأجل أن ينقلب البيع صحيحاً فى هذه الحالة يتعين أن لا يكون المشترى قد أبدى رغبته فى التمسك ببطلان العقد بناء على انه كان يجهل تعليقه على الشرط الموقف وقت الشراء — دوهلس فقرة ١٥ بيع ج ٤

فى بيع الملك المشاع

٦٠٥ — اذا باع شريك عيناً شائعة بغير رضاء باقى الشركاء فهل يعتبر أنه باع ملك غيره وهل للمشترى أن يطلب بطلان البيع فى الحال أو يجب عليه انتظار نتيجة القسمة وما حكم هذا البيع بالنسبة لباقى الشركاء

لبيان ذلك نقول إنه لا يخلو الحال من أمور : — ١ — فإما أن يكون الشريك باع مجرد حصته شائعة فى الملك المشترك أو مجرد حقه الاحتمالى فى امتلاكه — ٢ — واما ان يكون باع عيناً مشاعة بأكملها كأنها ملكه كبيت . أو حصة معينة على التحديد كطبقة فى بيت أو فدان من أرض مشتركة

٦٠٦ — فاذا باع الشريك حصته فقط على الشيوع فقد باع ما يملك وبيعه صحيح جائز قانوناً وعلى ذلك يحل المشترك محل البائع فى الشيوع ويأخذ ما كان يؤول اليه بموجب القسمة أو بيع العقار لتعذر قسمته عيناً — إنظر مواد ٢٦٠ و٤٦٢ أهلى(١) (٣٢٧ و ٥٦١ مختلط) و ٦٤١ مرشد الحيران

ومثله ما اذا باع حقه الاحتمالى فى امتلاك العين المشاعة وذلك لأن المبيع فى هذه الحالة ليس هو الشىء ذاته بل مجرد الحق فى احتمال امتلاكه والتنازل عن مجرد الحقوق ولو كانت على الشيوع جائز لم يحرمه نص — انظر بودرى المطول فقرة ١٢١ والباندكت فقرة ٧٦٤ بيع ج ٥٩

٦٠٧ — ففى الصورتين السابقتين لا محل للقول بأن البائع باع ما لا يملك ومحل الخلاف ما اذا حصل البيع بالكيفية الواردة فى الحالة الثانية وهى حالة بيع عين مشاعة بأكملها أو حصة معينة فيها كما هو الغالب فى البيوع التى تحصل بمعرفة العامة

---

(١) صرحت المادة الأولى بجواز بيع الحقوق المشاعة وأباحت المادة الثانية للشركاء فى الملك قبل قسمته بينهم أن يستردوا لأنفسهم الحصة الشائعة التى باعها أحدهم للغير مقابل قيامهم بدفع ثمنها له والمصاريف الرسمية والمصاريف الضرورية أو النافعة

ولزيادة الايضاح نتكلم على حكم البيع بالنسبة للمتعاقدين (البائع والمشترى) أولاً ثم نتكلم على حكمه أى الأثر المترتب عليه بالنسبة لباقى الشركاء ثانياً

حكمه بالنسبة للمتعاقدين

٦٠٨ — ففيما يتعلق بحكم هذا البيع بالنسبة للمتعاقدين وهل هو صحيح أو باطل باعتباره بيع ملك الغير يجب أن نبين أولاً بأن منشأ الخلاف أن الشريك الذى باع هو فى الحقيقة مالك وانما بالاشتراك مع غيره من الشركاء وحقه غير مفرز عن حقهم ولا منفصل عنه فان جاز له أن يتصرف فى حقه فلا يجوز له التصرف فى حق شريكه بل هو كما يعبر الفقهاء كالاجنبى فى الامتناع عن التصرف المضر فى حصة شريكه وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضراً بأى وجه كان من غير رضاه (مادة ٦٤٠ مرشد الحيران). فكأن بيعه فيما زاد عن نصيبه هو بيع لما لا يملك لانه من حقوق باقى الشركاء

ولكن من جهة أخرى حق كل شريك فى الملك الشائع تابع لنتيجة القسمة التى هى مبينة للملكية لا منشئة لها وكل حصة وقعت بموجب القسمة فى نصيب أحد الشركاء تعتبر أنها كانت دائماً ملكاً له قبل القسمة وبعدها ويعتبر أنه لم يملك غيرها من الاموال التى قسمت (مادة ٤٥٧ أهلى[1])

وعلى ذلك اذا باع شريك عيناً شائعة بأكملها ثم آلت اليه بالقسمة فيكون باع ما يملك وبيعه صحيح أما اذا آلت لشريك آخر فيعتبر البائع انه لم يكن مالكاً لها مطلقاً وحينئذ يكون باع ما لا يملك وبيعه باطل وكذلك الحال اذا آل بعض المبيع

---

(١) يلاحظ هنا أن هناك فرقاً بين القانون الأهلى الذى جرى على مبدأ القوانين الفرنساوية (مادة ٨٨٣) من جهة اعتبار القسمة مبينة للملك وبين القانون المختلط فقد نصت المادة ٥٥٥ منه على أن قسمة المال عيناً تعتبر بمنزلة بيع من كل شريك فى حصته الشائعة الى الشريك الذى آلت اليه تلك الحصة ويترتب عليها الأحكام المترتبة على البيع . فهذه المادة تفيد أن القسمة منشئة للملك اخذاً بمبدأ الشريعة الاسلامية (المجلة ١١١٦ وابن عابدين ص ١٦٧ ج ٥) ولكن المحاكم المختلطة لم تأخذ بمنطوقها وجرت فى الغالب على اعتبار القسمة مثبتة للحقوق ومبينة لها — انظر أحكام ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٧٨ و ٧ مايو سنة ١٨٨٥ و ٤ ابريل سنة ١٨٨٩ الواردة بيوريللى مادة ٥٤٥ مدنى مختلط)

الى البائع والبعض الآخر لشريك آخر فالبيع صحيح فى الجزء الذى خصه باطل فيما خص شريكه . ويستخلص من هذا أن حظ البيع من الصحة والبطلان لا يعلم الاّ بالقسمة

بنى المتشرعون على هذه المبادئ آراءهم التى يمكن اجمالها فى نظريتين : النظرية الاولى — بيع العين المعينة الشائعة بمعرفة أحد الشركاء ليس بيعاً باطلاً حتماً وانما هو قابل للفسخ بحسب نتيجة القسمة أو بعبارة أخرى معلق على شرط . والنظرية الثانية — أنه بيع باطل بناء على نص المادة ٢٦٤ مدنى واليك تفصيل ذلك :

فى ان بيع المشاع قابل للفسخ تبعا لنتيجة القسمة

٦١٠ — النظرية الاولى — للحكم على ما اذا كان هذا البيع يعدّ بيع ملك الغير فتترتب عليه أحكامه يجب انتظار نتيجة القسمة وعلى ذلك لا يجوز للمشترى طلب البطلان طالما أن الشيوع باق والقسمة لم تحصل لأنه فى هذه الحالة لا يتيسر معرفة ما اذا كان البائع باع ملك غيره أو ملك نفسه . ومن الواجب لابطال البيع أن يثبت المشترى أن البائع باع ما لا يملك وهذا الاثبات غير متأت له طالما أن القسمة لم تحصل ونتيجتها لم تعلم اذ يتفق أن يقع البيع فى حصة البائع فيكون البيع صحيحاً كما يتفق العكس فيكون باطلاً . وعلى هذا يجب على المشترى انتظار نتيجة القسمة فاذا ظهر أن المبيع بأكمله لم يؤول للبائع له طلب البطلان واذا آل اليه بعضه وآل الباقى لشريك آخر طلب البطلان فى الحصة التى آلت للشريك الآخر — « انظر بودرى المطول فقرة ١٢١ »

فاذا صح البيع بحسب نتيجة القسمة اعتبر أنه كان معلقاً على شرط موقف وهو امتلاك البائع لما باع . واذا بطل اعتبر أنه كان معلقاً على شرط فاسخ . وهذا هو مذهب الاستاذ بودرى والرأى السائد فى القضاء المصرى وجرت عليه كذلك بعض الاحكام فى فرنسا

٦١١ — فقد حكم بأن بيع عقار مشاع بين ورثة بمعرفة أحدهم قبل حصول القسمة لا يسرى عليه حكم المادة ١٥٩٩ فرنساوى (٢٦٤ أهلى و ٣٣٣ مختلط)

• ولو كان البيع تم باعتبار أن العقار مملوك بأكمله للبائع ويعتبر هذا البيع صحيحاً ولكنه معلق على شرط فاسخ وهو حصول القسمة فهي التي تبين ما اذا كان البائع مالكاً لجزء من العقار المبيع أوله بأكمله وما اذا كان المشترى يستحق تعويضات أولا يستحق وذلك سواء كان المبيع المشاع عيناً واحدة أو جملة أعيان بيعت بهذه الكيفية —

« محكمة بوردو أول ديسمبر سنة ١٨٩٩ تعليقات داللوز نمرة ٤٣ الى ٤٥ مادة ١٥٩٩ »

٦١٢ — وحكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأن القسمة مبينة لحصة كل شريك لا منشئة لملكيته فيها ويعتبر البيع الصادر من أحد الشركاء لحصة معينة فى عقار مشترك قبل قسمته موقوفاً على نتيجة القسمة فلا يصح الحكم بنفاذه أو بطلانه حتى تحصل القسمة — استئناف ٥ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة رسمية ص ٤ سنة أولى

٦١٣ — ولمشترى الحصة المشاعة اذا لم يحصل لأى سبب كان على كامل نصيبه فى عموم الريع أن يطالب كل واحد من شركائه بنصيبه فى ريع الجزء الذى انتفع به

« الاستئناف ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ عدد ٩١ مجموعة رسمية س ١١ »

فان القسمة الزراعية أو قسمة المهايأة لا تعطى للمتعهدين الا حقوقاً شخصية لبعضهم على بعض ولا تسرى أحكامها على الغير خصوصاً على المشترى لحصة شائعة فى الملك فله ما دام لم يقبل هذه القسمة الحق فى مطالبة باقى الشركاء بنصيبه فى الريع بما يناسب وضع يد كل منهم — نفس الحكم

٦١٤ — النظرية الثانية — ان بيع العين المشاعة على التحديد باطل ويجوز للمشترى طلب البطلان فى الحال بغير انتظار للقسمة تلافياً للمضار التى تنشأ عن طول الانتظار وبقاء الملكية غير محققة مما يترتب عليه توقف أحكام البيع وهذا هو الرأى الراجح فى القضاء الفرنسى

ولكن المذهب السائد فيه انه يجب التفريق بين ما اذا كان المشترى يجهل حالة الشيوع أو يعلمها وقت الشراء

فاذا كان المشترى يجهل حالة الشيوع فله أن يطلب بطلان البيع بأكمله فى الحال

وقبل حصول القسمة ولا يجبر على انتظارها لأن قصده كان شراء العين بأكلها فرضاؤه بالبيع بنى على غلط مستوجب للبطلان ويجوز له أن يتمسك حينئذٍ بنص المادة ٢٦٤ أهلى قِبل البائع. ومن جهة أخرى فعقد البيع يخوله حق استلام المبيع فى الحال والمشترى لا يستطيع ذلك فأجيز له طلب البطلان قياساً على القواعد المقررة لضمان المبيع

أما اذا كان المشترى يعلم وقت التعاقد أن البائع يملك على الشيوع فلا يجوز له أن يطلب بطلان البيع الأ بالنسبة لحصة باقى الشركاء فقط لأنه يكون صحيحاً بالنسبة لحصة البائع حتى ولو كان العقد غير مبين لثمنها على حدته — انظر جويلوار ص ١٩١ ج ١ والباندكت فقرة ٧٦٥ و٧٦٦ و٧٥٤ بيع ج ٥٩ وتعليقات داللوز فقرة ٤٦ مادة ١٥٩٩

واعترض بودرى على هذا الرأى بأنه غير مطرد فى حالتى علم المشترى وجهله بالشيوع مع أن رأيه يستقيم فى الحالتين ومعلوم أنهُ فى حالة بيع ملك الغير لا يكون علم المشترى بِهِ مانعاً من طلب البطلان

٦١٥ — على أن بعضهم يقول انه يصح تجزئة الصفقة المبيعة على التحديد فيعتبر البيع صحيحاً بالنسبة لحصة من باع من الشركاء باطلاً بالنسبة لحصص باقى الشركاء ولا يطلب المشترى بطلان البيع بأكمله إلاَّ إذا أثبت أنه لو كان يعلم بأن البائع لا يملك وحده المبيع لما اشترى قياساً على الحالة الواردة فى مادة ٣١٠ أهلى (٣٨٤ مختلط ١٦٣٦ فرنساوى) — أنظر جرانمولان فقرة ٤٣ كتاب العقود وحكم محكمة أورليان ١٤ يونيه سنة ١٨٨٣ وتعليقات داللوز فقرة ٦٢ مادة ١٥٩٩

واعترض على هذا الرأى بأنه لا يجوز تغيير طبيعة العقد الذى يجب تقديره بحسب شروط المتعاقدين فإنه لتأويل عقد يجب اعتباره برمته أو تركه برمته وليس للقاضى أن يحوّر أو يعدل فى نصوصه لأن ذلك من حق المتعاقدين وحدهم خصوصاً وأن التجزئة تؤدى الى ضرر المشترى الذى يلزم بأخذ حصة مشاعة وهو ما يخالف قصده من شراء عين بأكملها تلافياً لما ينتج من ضرر البقاء على الشيوع أو طلب القسمة

٦١٦ — وقال فريق آخر ان للمشترى حق الخيار : فاما أن يطلب بطلان البيع بأكمله وأما أن يرضى بأن يحل محل البائع فى حصته المشاعة . وذلك لأنه بشرائه الكل يكون له الحق فى قبول البعض

٦١٧ — وبناء على هذا حكم بأنه فى حالة بيع أحد الشركاء للعقار المشاع بأكمله يكون للمشترى الخيار بين طلب بطلان البيع أو نفـاذه فى حصة البائع المشاعة وتنقيص الثمن بنسبة ذلك — محكمة امبراطورية ألمانيا ٢٠ مارس سنة ١٨٩٤ فقرة ٧٦١ باندكت بيع ج ٥٩

وبالاخص اذا ادعى البائع أنه وكيل عن باقى شركائه ولم يكن كذلك — « باندكت فقرة ٧٦٢ بيع ج ٥٩ »

٦١٨ — وطبعاً محل ما قدمنا من الخلاف ما اذا لم تكن القسمة حصلت لأن حق البائع فى الملك غير محقق أما اذا كانت القسمة تمت فمصير البيع معروف فانه اذا كانت العين المبيعة وقعت فى نصيب البائع فالبيع صحيح لأنه يعتبر مالكاً لها من وقت الشيوع واذا لم تكن وقعت فى نصيبه فالبيع باطل وللمشترى طلب ابطاله بناء على نص المادة ٢٦٤ أهلى لأنه باع ما لا يملك

في حكم البيع بالنسبة لباقى الشركاء

٦١٩ — أما حكم هذا البيع بالنسبة لباقى الشركاء فلا نزاع فى أنهُ لا تأثير له على حقوقهم لأنهم أجانب عن العقد وعلى ذلك فحقوقهم على العين الشائعة لا تزال باقية كما كانت قبل البيع ولهم الحق دائماً فى أن يطلبوا القسمة للخروج من الشيوع أو بيع العين المشتركة ان لم يمكن قسمتها

هذا أمر لا خلاف فيه ولكن هل يجوز لباقى الشركاء أن يطلبوا بطلان البيع الصادر من شريكهم ؟

٦٢٠ — انقسمت الآراء بحسب النظريتين السابقتين أيضاً . فقال أصحاب النظرية الأولى وهى القاضية باعتبار البيع قابلاً للفسخ لا باطلاً بأنهُ ليس لشريك البائع أن يطلب بطلان البيع واسترداد نصيبه من المشترى قبل حصول القسمة أى

ما دامت حالة الشيوع باقية . و بعبارة أخرى تتوقف صحة البيع و بطلانه على القسمة بين الشركاء وذلك لأنهُ يجب على الشريك الذى يطلب الاسترداد أن يثبت حقه فى امتلاك ما يسترد وهذا لا يتأتى الاّ بالقسمة فربما تقع العين فى نصيب البائع فيعتبر أنهُ كان مالكاً لها من وقت الشيوع ويكون بيعه صحيحاً وينتفى كل حق للشريك الذى طلب الاسترداد . ولهذا يكون للمشترى أن يرد دعوى هذا الشريك و يدفعها بأنه لا يتيسر معرفة ما اذا كان البائع باع حقيقة ما يملك أو ما لا يملك الاّ بالقسمة فيجب انتظارها

٦٢١ — وتطبيقاً لهذا الرأى حكم بأن بيع أحد الورثة لعقار مشترك لا يعد باطلاً باعتباره ملك الغير وانما يعتبر بيعاً قابلاً للفسخ بحسب نتيجة القسمة التى تبين ما اذا كان المبيع يقع فى نصيب البائع أو لا يقع — تعليقات داللوز فقرة ٥٤ مادة ١٥٩٩ وحكم الاستئناف ٥ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة رسمية سنة أولى ص ٤

٦٢٢ — ولا يترتب على ذلك أنهُ لا يجوز لبقية الشركاء قبل القسمة حيازة العقار المبيع والتمتع بهِ ما دام الاشتراك باقياً وانما يترتب عليه أنهُ لا يجوز لهم طلب ابطال البيع قبل القسمة وذلك لأنهُ ان جاز لكل شريك أن يتصرف تحت شرط فاسخ فلا يجوز له أن يحرم بقية شركائه من وضع أيديهم على الأعيان المشتركة والانتفاع بها مدة بقاء الشركة وقبل بيان الحال فى التصرف المذكور — حكم الاستئناف ٥ يناير السابق ذكره وتعليقاته عن بودرى ج ٣ شركات ص ٣٧٣ — راجع أيضاً حق الشريك فى الانتفاع بالملك المشترك مرشد الحيران مادة ٦٤٥ — ٦٥٣

٦٢٣ — وقال الفريق الثانى بأنهُ يجوز لباقى الشركاء أن يطلبوا فى الحال و بغير انتظار القسمة بطلان البيع فيما يتعلق بأنصبائهم بناء على مادة ٢٦٤ فقد يجوز أن يكون لهم فائدة من استرداد انصبائهم ولو على المشاع ولا يصح حرمانهم من حق الاسترداد المخوّل لكل مالك

وهذا هو الرأى السائد فى المحاكم الفرنساوية . ولكن بودرى يعترض عليه بأنهُ لا محل للارتكان على مادة ٢٦٤ لابطال البيع بالنسبة لباقى الشركاء لأنهم أجانب

عن العقد ولم يشتركوا فيهِ فليس لهم أن يطلبوا بطلانه لأنهُ لا يلحقهم منه ضرر وانما لهم حق الاسترداد المخوّل لكل مالك . وحق الاسترداد يستلزم اثبات الملك والاثبات لا يتأتى الاّ بعد القسمة المبنية لحصة كل شريك . فاذا وقعت العين فى نصيب البائع صح البيع ولم يكن لدعوى الاسترداد من محل . وان وقعت فى نصيب الشريك الآخر جاز له الاسترداد لأن البائع يكون حينئذٍ باع ملك الغير

٦٢٤ — وبناء على هذا الرأى الثانى حكم بأنهُ اذا باع وارث عقاراً مشاعاً فالبيع باطل بالنسبة لباقى الورثة فيما يتعلق بأنصبائهم ويعتبر بيعاً لملك الغير فيجوز لباقى الورثة أن يرفعوا دعوى الاستحقاق على المشترى لاسترداد أنصبائهم فى العقار المبيع وليسوا بملزمين باثبات أن قيمة ما بيع تزيد عن حصة البائع فى التركة - تعليقات دالوز فقرة ٥٧ و ٥٨ مادة ١٥٨٩

ولكن لا يجوز ابطاله فيما يختص بحصة البائع بناءً على أنهُ بيع ملك الغير خصوصاً اذا كانت حالة الشيوع ظاهرة من نصوص العقد حتى ولو كان العقد غير معين لثمن حصة البائع على حدتها — باندكت فقرة ٧٥٤ بيع ج ٥٩

٦٢٥ — وحكم أيضاً بأن بيع الأم لعقار مشترك بينها وبين أبنائها القصر الذين تحت وصايتها بغير مراعاة الاجراآت القانونية (كتصديق المجلس الحسبى) يجب الحكم ببطلانه بناء على طلب الوصى الجديد فيما يتعلق بأنصباء القصَّر ولكنهُ لا يكون باطلاً ولا يعتبر بيع ملك الغير بالنسبة لحصة البائعة خصوصاً اذا كانت حالة الشيوع مبينة فى عقد البيع — تعليقات دالوز ٦٣ مادة ١٥٩٩

٦٢٦ — وبأن لكل شريك على المشاع فى العين المشاعة الحق التام فى التصرف فيها بشرط عدم تغيير حالتها بغير رضاء باقى الشركاء أو احداث ضرر أو تعرض لحيازة باقى الشركاء وعلى ذلك يعتبر بيع أحد الشركاء للعين المشاعة الحاصل بغير رضاء شريكه بيعاً باطلاً لأن البائع باع ما لا يملك

وان بيع أحد الورثة للعين الموروثة بأ كملها باطل بالنسبة للباقين باعتباره بيع ملك

الغير اذا لم ترضَ باقى الورثة — تعليقات داللوز فقرة ٥٥–٥٧ مادة ١٥٩٩

٦٢٧ — وبأنهُ اذا بيع عقار مشترك بالمزاد فيكون باطلاً بالنسبة للشريك الذى لم يدخل فى الدعوى ويجوز قبول الدعوى التى يرفعها الشريك طالباً بطلان البيع الحاصل على يد القضاء لعدم امكان القسمة فيما يتعلق بحصته اذا لم يكن خصماً فى دعوى القسمة حتى ولو تبين أن الثمن الذى رسا بهِ المزاد يعادل أو يزيد عن القيمة الحقيقية للعقار لأن الاحترام الواجب للملكية يكفى لقبول هذه الدعوى بصرف النظر عن كل اعتبار مالى آخر — تعليقات داللوز فقرة ٦١ مادة ١٥٩٩

٦٢٨ — وبأنهُ اذا باع الشريك حصة معينة من العقار المشاع فلا يخول هذا البيع للمشترى حقوقاً على الجزء المبيع اكثر مما كان للبائع

وينبنى على هذا ان للشركاء الآخرين الحق فى الحصول على حكم بأنهم شركاء فى الجزء المبيع بقدر نصيبهم (أى طلب بقاء حالة الشيوع على ما كانت عليهِ كما كان لهم ذلك لو كان الشريك فرز حصته وأراد الانتفاع بها على حدتهِ) وببطلان البيع فيما يختص بهذا النصيب ولا يؤثر هذا الحكم على صحة البيع فيما بين البائع والمشترى بل يكون البيع نافذ المفعول اذا وقع الجزء المبيع بموجب القسمة فى نصيب البائع — « اسكندرية الابتدائية استئناف ١٦ مارس سنة ١٩٠٥ عدد ١٠٣ سنة ٦ مجموعة رسمية »

٦٢٩ — وبأنهُ اذا باع وصى جزءًا من نصيب أخيه القاصر المشمول بوصايته فى الأرض الموروثة اضراراً بهِ يلزم بأن يكمل نصيب القاصر من الجزء المشاع الذى لم يبع ويعتبر التصرف الصادر من الوصى كأنهُ حاصل فى نصيبهِ هو — الاستئناف ٥ يونيه سنة ٩٠٩ نمرة ١٨ س ١١ مجموعة رسمية

هذا حسن ان كانت الارض كلها متساوية فى الجودة فكثيراً ما يحصل أن يباع الجيد ويترك الردىء فالمسألة اذن مسألة وقائع على ما نرى . وعلى كل حال فهذا لا يخل بالقاعدة الاصلية وهى استرداد نصيب القاصر من المشترى وان تعذر فيرجع على البائع بالقيمة

التعهد بقبول الغير فى البيع المشاع

٦٣٠ — لا مانع قانوناً من أن يتعهد أحد الشركاء بأن يبيع نهائياً حصته ومن جهة أخرى يتعهد للمشترى بقبول شركائه بيع حصصهم مثله[1] وهذان التعهدان قابلان للانقسام واذا لم يتبين من ظروف العقد ما يفيد أن المتعاقدين قصدا تعليق تنفيذ أحدهما على نفاذ الآخر فللقاضى أن يفسر العقد بهذه الكيفية — الباندكت فقرة ٧٥٧ بيع ج ٥٩

٦٣١ — ولكن لباقى الشركاء الذين حصل التعهد بقبولهم أن يرفضوا القبول ولا يجيزوا العقد وحينئذٍ يكون لهم الحق فى طلب بطلان البيع — الباندكت فقرة ٧٥٥ بيع ج ٥٩

بيع المبيع وفاء

٦٣٢ — اذا باع شخص عيناً بيعاً وفائياً ثم بعد ذلك باعها كلها أو بعضها لآخر فلا يعتبر البيع الأخير باطلاً باعتباره بيع ملك الغير اذا كان المشترى الأخير حل محل البائع فى حقوقهِ من جهة استرداد العين المبيعة وفاء فانهُ فى هذه الحالة يكون البيع الثانى عبارة عن التنازل عن الحق فى استرداد العين لا بيعاً عادياً — الباندكت فقرة ٧٧٠ بيع ج ٥٩ — وتعليقات داللوز فقرة ٣٢ مادة ١٥٩٩

حكم الشريعة فى بيع الملك المشترك

٦٣٣ — يجوز لأحد الشريكين بيع حصته مشاعة من العقار المشترك وغيره لشريكه ولغير شريكه بلا اذنه ما لم يترتب على ذلك ضرر للشريك كالاشتراك فى بناء أو شجر لم يبلغ أوان قطعه أو زرع لم يدرك فانه لا يجوز بيعه بدون الأرض لغير الشريك بلا اذنه لأن المشترى قد يطالب الشريك الآخر بالهدم أو القلع فى الحال فيتضرر الشريك الذى لم يبع — مادتا ٦٤١ و ٦٤٢ مرشد الحيران

٦٣٤ — ولو كانت الدار مشتركة وباع أحد الشركاء بيتاً معيناً أو نصيبه من بيت معين فللآخر أن يبطل البيع لتضرره بالبيع المذكور عند حصول القسمة اذ لو وقعت الحصة المبيعة فى نصيبه فتقع مشغولاً نصفها بحق المشترى وبذلك لا يتيسر جمع نصيبه فيها ولكن اذا سلم الأمر من ذلك ببطلان البيع سهل طريق القسمة وسلم الى ذلك الشريك الآخر نصيبه — مستفاد من ابن عابدين ص ٣٤٧

---

(١) *Obligation de port-fort* أى يتعهد بالحصول على اجازتهم وتصديقهم على البيع

وذلك لأن القسمة فى الشريعة تشتمل على معنى المبادلة أى أخذ الشريك عوض حقه[1] — ابن عابدين ص ١٦٧ ج ٥

في بيع ملك الغير قضائياً

٥٣٥ — جميع ما قدمنا من القواعد الخاصة ببيع ملك الغير وان كان خاصاً بالبيوع الاختيارية أى الحاصلة بناء على اتفاق المتعاقدين الاّ أنها تسرى على البيع بواسطة القضاء اختيارياً كان أو جبرياً لأن هذه البيوع اذا صدرت من غير المالك فحق المالك فى الاستحقاق لايزال باقياً . وقد نص قانون المرافعات على ذلك صراحة فى مادة ٥٩١ ونصها «ايقاع البيع للراسى عليه المزاد لايترتب عليه حقوق له سوى ما كان للمدين المبيع ملكه من الحقوق فى العقار المبيع» . فاذا تبين الراسى عليه المزاد بأن العين المبيعة غير مملوكة للمدين المبيع ملكه جاز له أن يطلب البطلان لأنهُ يخشى من نزع المبيع منهُ بناء على دعوى الاستحقاق التى يرفعها المالك الحقيقى طبقاً للقاعدة السابق تقريرها اذ المالك الحقيقى أجنبى عن اجراآت نزع الملكية

أما المشترى فله ان يتمسك بنص المادة ٢٦٤ متى خشى خطر الاسترداد لانهُ نص عام يشمل جميع أحوال البيع التى يباع فيها ملك الغير سواء كان البيع اختيارياً أو جبرياً — بودرى المطول فقرة ١٢٦ والباندكت فقرة ٧٧٨ بيع ج ٥٩

ذيل — في بيع المرهون والمؤجر والملك الصورى والتركة المستغرقة بالدين

٥٣٦ — تقضى أحكام الشريعة الاسلامية بأن بيع المرهون ينعقد موقوفاً على

(١) هذا بالأخص فى القيمات كالدار والأرض وتسمى قسمة تفريق فانه باعطاء كل شريك قسماً يكون كل واحد أفرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته أما فى المثليات فيشتمل على معنى الافراز أى أخذ عين الحق وذلك لان ما يأخذه الشريك نصفه ملكه حقيقة ونصفه الآخر بدل النصف الذى بيد الآخر فباعتبار الأول افراز وباعتبار الثانى مبادلة الا ان المثلى اذا أخذ بعضه بدل بعض كان المأخوذ عين المأخوذ عنه حتماً لوجود المماثلة بخلاف القيمى وتسمى قسمة جمع (ابن عابدين ص ١٦٧ ج ٥ والمجلة مادة ١١١٦)
وبعبارة أخرى هى ناقلة للملك لا مبينة له والظاهر أن القانون المختلط تأثر بهذا الرأى فنقل عنه مادة ٥٥٥ التى تكلمنا عنها آنفاً انظر فقرة

اجازة المرتهن فان أجازه أو قضى الراهن دينه أو أبرأه المرتهن منه يتم البيع وللمشترى خيار الفسخ قبل الاجازة وان كان يعلم بالرهن — مادة ٢٩٩ مرشد الحيران وابن عابدين ص ١٤٥ ج ٤

أما بحسب القانون فالرهن لا يزيل الملك ولو كان المرهون فى حيازة الدائن فما الحيازة الاّ تأمين له على دينه والرهن لا يعطيه غير حق حبس المرهون لحين الوفاء أو استيفاء دينه من ثمنه بالامتياز على من عداه من الدائنين الآخرين فلا مانع حينئذٍ يمنع المالك من البيع لأنه يبيع ما يمتلكه[1] ولكن هل يجوز التمسك بالرهن قِبل المشترى او لا يجوز؟

ولبيان ذلك نقول الرهن إما رهن عقارى أو رهن حيازة

في بيع المرهون رهنا عقاريا

٦٣٧ — فان كان الرهن رهناً عقارياً فمن المقرر أنهُ لا يصح التمسك به قِبل الغير الاّ اذا سجل فى قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار قَبل حصول التصرف فيه لذلك الغير من مالكه الراهن له . كذلك لا يصح التمسك بالبيع قِبل الغير الاّ من تاريخ تسجيله — مواد ٥٦٥ أهلى (٦٨٩ مختلط) و ٢٧٠ أهلى (٣٤١ مختلط)

متى علم ذلك فالجواب سهل : فاذا تبين ان تسجيل الرهن حصل قبل تسجيل البيع صح التمسك به قِبل المشترى أما اذا سجل الرهن بعد تسجيل البيع فلا يصح التمسك به قِبل المشترى

في بيع المرهون رهن حيازة

٦٣٨ — وان كان رهن حيازة فمن المقرر أنه لجواز التمسك به قِبل الغير يجب أن يكون العقار فى حيازة المرتهن وأن يسجل عقد الرهن متى كان المرهون عقاراً — « مادة ٦١١ أهلى (٧٣٧ مختلط) (وحكم المختلط ١٥ نوفمبر سنة ١٨٩٩ فقرة ١٦٨٧ مجموعة ثانية)

وعلى ذلكِ :

---

(١) كانت بعض المحاكم تحكم بفسخ بيع المرهون لعدم جوازه فلفتتها لجنة المراقبة القضائية لخطائها وبينت لها صحة البيع بناء على نص المادة ٥٤٠ و ٥٤٣ مدنى — مذكرة اللجنة فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠١

١ — فاما أن يكون المرتهن وضع يده على المبيع ولكنه لم يسجل عقده قبل تسجيل عقد البيع

٢ — واما أن يكون وضع يده عليه وسجل عقد رهنه قبل تسجيل عقد البيع

٦٣٩ — ففى الحالة الأولى لا نزاع فى أنه لا يجوز التمسك بالرهن قبل الغير وهو المشترى لانه لم يحصل تسجيله قبل تسجيل عقد البيع

على أن المحكمة المختلطة حكمت بأن الرهن الحيازى يجوز التمسك به قبل المشترى متى كان ثابت التاريخ فقط ولو لم يسجل قبل تسجيل البيع ولكن القانون يشترط التسجيل

— أما فى الحالة الثانية وهى حالة ما اذا وضع المرتهن يده على العقار وسجل عقده قبل تسجيل البيع فيجوز له الاحتجاج به على الغير ويترتب على ذلك أنه يكون له حق حبس العين طبقاً لنص المادة ٥٤٠ مدنى أهلى (٦٦٢ مختلط) والتمسك بهذا الحق أيضاً قبل المشترى

٦٤٠ — ولا يستفاد من ذلك أن بيع العين المرهونة متعذر فى حالة استيفاء الرهن للشروط القانونية (كما فى الحالة الثانية) فالبيع على كل حال صحيح لأن الراهن لا يزال مالكاً للمرهون وغاية الأمر ان حق حبس العين المخوّل للمرتهن هو حق عينى يجوز التمسك به قبل الغير وليس للمشترى ان يتمسك بعقده الاّ بعد استيفاء قيمة الرهن

٦٤١ — وقد حكم بأن للمرتهن حق حبس العين المرهونة التي فى حيازته لحين قبض قيمة دينه فاذا صدر حكم ببيع الارض المرهونة ورسا المزاد على مشتر فلا يمكن هذا المشترى استلام العقار الا بعد اتباع الطريقة القانونية وفتح توزيع على قيمة الثمن حتى يأخذ كل من أصحاب الحقوق العينية حقه — استئناف ١٩ ديسمبر سنة ٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ١٠٢ والمختلط ١١ فبراير سنة ١٨٩٢ فقرة ١٧٥٤ مجموعة اولى

٦٤٢ — وللمرتهن حق حبس الشيء المرهون لديه لحين وفاء الدين بالتمام وحق

استيفاء قيمته من ثمن المرهون عند بيعه بالامتياز على من عداه . — طنطا استئناني ٢٣ يونيه سنة ٩٨ القضاء ص ٣١٨ وجلاد مادة ٥٤٠ والمختلط ١٧ نوفبر سنة ١٨٩٧ فقرة ١٧٦٢ مجموعة ثانية

٦٤٣ — حتى ولو بيعت العين المرهونة بيعاً جبرياً — جرجا الجزئية ٢٩ يناير سنة ٩٠٢ الحقوق ١٨٢ ص ٣٤ وجلاد مادة ٦٠٥

٦٤٤ — وذلك لان الملك ينتقل للمشترى قانوناً بما عليه من الحقوق العينية المترتبة عليه قبل هذا الانتقال

فمن اشترى عيناً مرهونة رهناً قانونياً مسجلاً بلا شرط ولا قيد يعتبر أنه راض بما للمرتهن عليها من الحقوق كالحبس والامتياز لحين الوفاء ولا يحق له استلامها الاّ بعد ذلك — جرجا الجزئية ٢٤ ابريل سنة ٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٣٦ وجلاد مادة ٥٦٥

في بيع العين المؤجرة

٦٤٥ — تقضى أحكام الشريعة الاسلامية بأن بيع المستأجر ينعقد موقوفاً على اجازة المستأجر فان أجاز البيع أو مضت المدة او انفسخت الاجارة نفذ البيع ولا ينزع العقار من المستأجر حتى يستوفى ما قدمه من الأجرة الغير المستحقة . وللمشترى خيار الفسخ قبل الاجارة وان كان يعلم بالاجارة — مادة ٢٩٩ مرشد الحيران وابن عابدين ج ٤ ص ١٤٥

٦٤٦ — أما فى القانون فلا مانع يمنع المؤجر من بيع الشئ الذى أجره لأن الاجارة لا تنزع الملكية من المؤجر . غير أنهُ يجوز التمسك بالاجارة السابقة على البيع قبل المشترى بشرط أن تكون ثابتة التاريخ

يستفاد مما تقدم أن الشريعة الاسلامية تعتبر الاجارة السابقة على البيع صحيحة وتقضى بجواز التمسك بها قِبل المشترى بصفة عامة . أما القانون المصرى فاتبع هذا هذا المبدأ ولكن اشترط أن تكون الاجارة السابقة على البيع ثابتة التاريخ

٦٤٧ — ويترتب على ذلك أنهُ لا يجوز للمشترى ان يخرج المستأجر بعقد ذى تاريخ ثابت سابق على عقد مشتراه ولا أن يطلب فسخ الاجارة بل هو ملزم باحترامها حتى ولو لم يكن المستأجر وضع يده على العقار المؤجر وكانت مدتها لا تبتدئ الا بعد تاريخ البيع المذكور — الاستئناف ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ مجموعة رسمية س ٧ ص ١٥٠ وجلاد مادة ٣٨٩

٦٤٨ — وانما يجوز له ذلك : ١ — اذا كان مشترطاً فى عقد الايجار بأن للمالك حق اخراج المستأجر — ٢ — أو كان مشترطاً فسخ الايجار عند حصول البيع — ٣ — أو كان عقد الاجارة غير ثابت التاريخ قبل عقد مشتراه

وهذا الحق مخوّل للمشترى لا للمستأجر . فللمشترى أن لا يستعمله اذا شاء وحينئذٍ لا يكون للمستأجر الحق فى طلب فسخ الايجار بناء على بيع العين المؤجرة . على أنهُ اذا طلب المشترى اخراج الساكن فيعطى له الميعاد اللائق للخروج بحسب العرف او القانون

وفى حالة طلب الاخراج يجوز للمستأجر الذى بيده سند بالايجار أن يطالب بتعويض الضرر الذى يلحقه سواء كان من المؤجر او المشترى الذى يرجع بها على المؤجر وله حق حبس العين المؤجرة حتى يحصل على التعويض — ٣٨٩ و ٣٩٠ أهلى و ٤٧٤ الى ٤٧٧ مختلط

وذلك لأن البائع بالبيع يحرم المستأجر من الانتفاع مع أنه ضامن له طبقاً لما هو مقرر قانوناً — محكمة بنى سويف ٩ ابريل سنة ٩٠٢ ص ١٨ مجموعة رسمية سنة ٤

٦٤٩ — وهل يصح اعتبار حالة علم المشترى بالاجارة كحالة ثبوت تاريخها ؟

بحسب الشريعة الاسلامية لا نزاع فى الأمر لأن الاجارة قابلة دائماً للتمسك بها قبل الغير . أما فى فرنسا فاختلفت الشراح

يرى بعضهم أنهُ يجوز التمسك بالاجارة اذا كان المشترى عالماً بها وقت التعاقد ولكنهُ رأى مرجوح اذ النص صريح فى أنهُ لا يجوز التمسك بعقد الايجار الاَّ اذا كان ثابت التاريخ فبطريق العكس اذا لم يكن ثابت التاريخ لا يجوز التمسك بهِ علم المشترى بالاجارة أو لم يعلم خصوصاً وان الظاهر أنهُ يقصد بهذا النص رفع الصعوبة التى تترتب على ثبوت العلم وعدم ثبوته وسدّ أبواب التدليس ومنع الغش بين البائع والمستأجر اضراراً بالمشترى

٦٥٠ — وبحسب الرأى الأخير حكم بأن مجرد علم المشترى بأن الشىء مؤجر لا يقوم مقام ثبوت التاريخ ولا يحرمهُ حق الاستفادة من فسخ الايجار . وللمستأجر

الذى نزع منه المشترى العقار حق اقتضاء تعويضات من المؤجر — بنى سويف ٩ ابريل سنة ٩٠٢ عدد ٩ ص ١٨ مجموعة رسمية سنة ٤

٦٥١ — ولا نزاع فى أنهُ اذا نص فى عقد البيع على اعتبار الاجارة كان ذلك قانون المتعاقدين ووجب على المشترى احترامها ولو كانت ثابتة التاريخ

٦٥٢ — بحث أيضاً فى حالة ما اذا كان الايجار ذا تاريخ ثابت ولكن المستأجر لم يضع يده على العين المؤجرة فهل المشترى يلزم باحترام الاجارة أو لا يلزم . ومحل الشك ما ذهب اليهِ بعض الشراح من أن القانون يشير لحالة اخراج المستأجر من المحل المؤجر أو طلب اخلائه وذلك لا يكون الاّ عند وضع اليد فاذا لم يكن المستأجر واضعاً يده فالمشترى ليس محتاجاً لطلب الاخلاء أو اخراج الساكن ومن جهة أخرى فهو معذور اذا لم يعلم بالاجارة خصوصاً وان التاريخ الثابت ليس بطريقة من طرق العلانية

ولكن هذا الرأى مردود بنص القانون الذى لم يشترط سوى ثبوت التاريخ لامكان التمسك بعقد الايجار ولم يشترط وضع اليد وليس لنا أن نزيد على شروطهِ خصوصاً وان الشريعة الاسلامية كانت تحترم عقد الايجار ولو لم يكن ثابت التاريخ على أن هذا مذهب القضاء كما سبق

٦٥٣ — وقد حكمت محكمة الاستئناف بأنهُ ليس لمشترى العقار أن يطلب فسخ اجارة تاريخها ثابت قبل البيع وهو ملزم باحترامها ولو كانت مدتها لا تبتدئ الاّ بعد تاريخ البيع المذكور — الاستئناف ١٠ يناير سنة ٩٠٦ نمرة ٧٢ س ٧ مجموعة رسمية

٦٥٤ — ويلاحظ انهُ اذا كانت الاجارة لمدة زائدة عن تسع سنين فيجب تسجيلها وحينئذٍ فالتاريخ الثابت لا يكفى — مادة ٦١٣ اهلى و ٧٣٩ مختلط

فى بيع الملك الصورى

٦٥٥ — قد يتفق أن البائع يكون معترفاً بعقد عكسى[1] أن عقد التمليك الذى بيده صورى فما هى قيمة هذا العقد العكسى بالنسبة للمشترى

من المقرر أن العقود العكسية (أو عقود الضد) لا تأثير لها على غير المتعاقدين

---

(١) *contre-lettre*

ولا نزاع فى أن المشترى من البائع المذكور يعد من غير المتعاقدين ولا يمكن التمسك قبله بعقد عكسى صادر من البائع له ومعترف فيه بأن ملكيته صورية حتى ولو كان العقد العكسى ثابت التاريخ قبل حصول البيع له — تعليقات دالوز فقرة ١٠٦ مادة ١٣٢١ مدنى

٦٥٦ — وتطبيقاً لذلك حكم بأنهُ لا يجوز لورثة الوكيل الذى باع عقاراً باسم موكله أن يدعوا بعد وفاة مورثهم بأنه كان المالك الحقيقى للمبيع بمقتضى عقود تحت يدهم وينازعون حينئذٍ فى صحة البيع أو كيفية دفع الثمن — فقرة ١٠٧ دالوز مادة ١٣٢١

٦٥٧ — على أن الرأى الذى يجب العمل به الآن هو التمسك بعدم تسجيل العقد العكسى فى حالة بيع العقار . فاذا لم يكن قد سجل هذا العقد فللمشترى من الشخص (الذى يملك ملكاً صورياً) أن يتمسك بذلك ارتكاناً على نص المادة ٦١٥ مدنى وذلك أسهل من التمسك بصورية العقد إذ لو كان العقد العكسى مسجلاً لكان عقداً ظاهراً وجاز التمسك به قبل الغير من تاريخ تسجيله — تعليقات دالوز ١١٤ و ٢١٥ مادة ١٣٢١ وبلانيول فقرة ١١٩٧ ج ٢

وفى حالة بيع المنقول اذا كان المشترى حسن النية ووضع يده عليه ثبتت ملكيته له فى الحال بمجرد الاستلام عملاً بنص المادة ٤٦ و ٦٠٧ أهلى ٨٧٦ و ٧٣٣ مختلط . وحينئذٍ يكون للمشترى التمسك بوضع يده بسبب صحيح أولى من التمسك بصورية العقد — قارن فى ذلك بلانيول فقرة ١٩٧ ص٤٠٢ ج٢

٦٥٨ — الاَّ أن الشراح لاحظوا مع ذلك أن قاعدة عدم تأثير العقود العكسية على غير المتعاقدين يكون لها فائدة بالنسبة للدائنين العاديين ويجب التمسك بها لأنهم لا يسجلون ديونهم وكذلك بالنسبة لمشترى منقول لم يضع يده عليه لأنه لا يجوز له التمسك بقاعدة اليد دليل الملك — تعليقات دالوز فقرتا ١١٦ و ١١٧ مادة ١٣٢١

وقياساً على هذا يصح القول بأن المشترى الذى لم يسجل له التمسك بنظرية صورية العقد

٦٥٩ — ينص الفقهاء على أن بيع الورثة للتركة المستغرقة يتوقف على اجازة الغرماء . فالبيع ينعقد موقوفاً فاذا أجازوه نفذ وأن لم يجيزوه فسخ — ابن عابدين ص ١٤٦ ج ٤ بيع التركة المستغرقة بالدين

ويستنتج من ذلك أن البيع ينعقد ولكنه يكون موقوفاً كبيع الفضولى فليس هو ببيع باطل . وسيأتى لهذا الموضوع مزيد بيان فى الفصل المتعلق بأحكام البيع



الفصل الخامس

فى الثمن

٦٦٠ — الثمن هو الركن الثالث من أركان البيع وعلى هذا فلا ينعقد البيع بدونه (لا بيع بلا ثمن) ماهيته وتعريفه

والثمن هو المبلغ الذى يتعهد المشترى بدفعه للبائع فى مقابل المبيع وهو عبارة عن القيمة التى يقدّر المتعاقدان بها المبيع — راجع النص الفرنساوى للمادة ٢٣٥ أهلى و ٣٠٠ مختلط وفقرة ٢٠ المتقدمة

فلا يشترط أن يكون معادلاً للقيمة الحقيقية او التجارية للمبيع

٦٦١ — ويجب أن يتوفر فى الثمن ثلاث صفات :

الأولى : أن يكون من النقود . الثانية : أن يكون حقيقياً (جدياً) . الثالثة : أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير

٦٦٢ — يشترط أن يكون الثمن من النقود حتى يتميز البيع من المقايضة اذ فى البيع يلتزم أحد العاقدين (المشترى) بدفع الثمن وفى المقايضة يلتزم كل من العاقدين بأن يعطى للآخر شيئاً بدل ما أخذه منهُ — راجع مادتى ٢٣٥ و ٣٥٦ أهلى الصفة الاولى

فلو أعطى المشترى شيئاً غير النقود لكان التعهد مقايضة لا بيعاً حتى ولو اتفق المتعاقدان على تسميتهِ بيعاً اذ العبرة بالمقاصد والمعاني . أو كان المبدل منـهُ المعطى

بصفة ثمن قابلاً للتقدير نقداً كالحبوب التى لها سعر فى السوق اذ يترتب على خلاف ذلك اعتبار المقايضة بيعاً كلما أمكن تقويم أحد البدلين . ولكن اذا كان القصد الحصول على ثمن الشىء المقدم بدلاً كبيع منزل مقابل ثمن ألف سهم يحدد سعرها باعتبار قيمتها يوم البيع أو التسليم فالعقد يكون بيعاً لا مقايضة لأن القصد هو أخذ قيمة الأسهم — دوملس فقرة ٨٥ بيع ج ٤

٦٦٣ — على أن هذا التحديد غير منصوص عليهِ فى القوانين وانما جرى عليهِ شراح الافرنج بالتواتر — راجع لوران ٢٤ ص ٦٨ ودوملس ٨٤ بيع ج ٤

ولهذا تجد خلافاً بينه و بين أقوال الفقهاء[1] وبعض آراء شراح الافرنج أنفسهم فقد قال بعضهم بأن الأوراق المالية التى لها سعر مقرر فى البورصة والحبوب التى تعين أثمانها فى الأسواق تعد أثماناً لأنهُ من الميسور تقدير أثمانهـا بسهولة — دلفنكور *Delvincourt* ج ٣ ص ٣٦٣

٦٦٤ — وبتعيين الثمن بالنقود يخرج التعهد الصادر بتنازل شخص لآخر عن عقار مقابل انفاقه على غذائهِ أو مسكنهِ وغير ذلك فانهُ لا يعد بيعاً لأن المقابل ليس بنقد ولا يعد مقايضة لأن المقايضة تستلزم تبادل شيئين يحل أحدهما محل الآخر فى ملك الجانبين وعلى هذا يكون عقداً غير مسمى موضوعه تعهد بعمل شىء وتسرى عليهِ أحكام التعهدات العامة — بودرى وسينات فقرة ١٢٨ كتاب البيع

ولكن اذا تبين ان النفقة كانت واجبة للبائع على المشترى قانوناً أو شرعاً لأن

---

(١) يجوز بحسب أحكام الشريعة الاسلامية أن يكون الثمن من المثليات كالمكيل والموزون والعددى المتقارب فان الفقهاء يقسمون الأموال الى ثلاثة أقسام : مبيع محض كالاشياء المعينة بالتعيين . وثمن محض كالدراهم والدنانير فانها خلقت للثمن . ومتردد بينهما كالمثليات فان اتصل بها الباء (كبعت هذا البيت بمائة أردب من القمح) فثمن والا فهى مبيع (ابن عابدين ص ٢٠٤ وفتح القدير ص ٨٤ ومرشد الحيران مادة ٣٠٦)

وذلك لأن الثمن هو ما يثبت في الذمة ديناً عنـد المقابلة والغرض من التقسيم هو معرفة الاحكام التى تترتب على كل من المبيع والثمن اذ لا يشترط في الثمن أن يكون موجوداً في ملك العاقد عند العقد واذا هلك فلا يبطل العقد بهلاكه بخلاف المبيع في الامرين (راجع ابن عابدين هامش ص ٢٥٤)

إيراده لايفي بحاجياته فلايصح اعتبارها ثمناً إذ لا محل لتقريرها بعقد اتفاق يترتب عليه سلب عين من البائع تبين أن غلتها لا تكفي للقيام بأود معاشه فاضطر لطلب النفقة « دوهلس فقرة ٨٨ بيع ج ٤ »

٦٦٥ — ويجوز الاتفاق على أن يكون الثمن إيراداً مؤبداً أو مقيداً بمدة الحياة « مادة ٤٨١ اهلى و ٥٨٩ مختلط »

وذلك لأن الثمن فى هذه الحالة هو من النقود ولكنه يدفع على أقساط مؤبدة أو مرتبة لمدة الحياة

وفى هذه الحالة تسرى عليه القواعد المقررة فى مادتى ٤٧٩ و ٤٨٠ أهلى (٥٨٦ و ٥٨٨ مختلط) .

ولترتيب الثمن بصفة إيراد مؤبد أو مؤقت طريقان : فإما أن يشترط دفع الثمن بصفة مرتب أو يتفق المتعاقدان فى نفس العقد على أن يترك البائع الثمن للمشترى مقابل تعهد هذا الاخير بتقرير مرتب يدفع سنوياً ويعينان مقداره — بودرى وسينات فقرة ١٢٨ ص ١٢٧ بيع

٦٦٦ — ويجوز أن يكون البيع فى مقابل دين كبيع منزل مقابل ألف جنيه كانت ديناً للمشترى على البائع لان جميع أركان البيع متوفرة والثمن مقدر فهو فى حكم أداء الدين أولاً ثم بيع العقار ورد ما دفع بصفة ثمن

٦٦٧ — وقد حكمت محكمة الاستئناف الاهلية بأن التنازل بطريق البيع عن مقدار من الأطيان بثمن معين فى مقابل مصاريف رسمية وغير رسمية وأتعاب محامين بحيث يكون متولى الصرف[1] مالكاً للأطيان اذا نجحت الدعوى ولا حق له فى المطالبة بشىء من الأطيان والأتعاب اذا خسرت الدعوى هو بيع صحيح والثمن فيه متوفر. فكأن المحكمة اعتبرته عقداً من عقود الغرر — الاستقلال عدد ١٥ ص ٦.

٦٦٨ — ويشترط أن يكون الثمن حقيقياً . ويخرج بذلك الثمن التافه والصورى والیك تعريف ومميزات كل منها : الصفة الثانية

(١) فى القضية احد الافراد

الثمن الحقيقى ٦٦٩ — أ — فالثمن الحقيقى هو ما تعهد بهِ المشترى تعهداً صريحاً لازماً مع نية دفعه وامكان المطالبة بهِ حتماً

الثمن التافه ٦٧٠ — ب — والثمن التافه هو ما لا تناسب مطلقاً و بأى كيفية بينه و بين قيمة المبيع كبيع عقار بدرهم أو فدان من الأرض الجيدة بريال . فهو ثمن غير حقيقى لا يتصور أن يبيع البائع بهِ ولا كان قصده من البيع الحصول عليهِ و بتعبير آخر يكون البائع قد اتفق مع المشترى على عدم دفعهِ ولهذا فان المتعاقدين لا يقوّمان العقار تقويماً صحيحاً وانمــا يضعان مبلغاً كيفما اتفق لتصحيح الشكل مع أن العقد يكون ساتراً لغرض آخر

٦٧١ — ويجب التفريق بين الثمن التافه والثمن البخس[1] وهو ما يعبر عنهُ أيضاً بالغبن

فالبيع بثمن بخس أى ناقص عن القيمة الحقيقية صحيح بخلاف الثمن التافه فان العقد بهِ يعتبر خالياً من الثمن وعلى ذلك لا ينعقد إذ من القواعد المقررة ان الثمن التافه فى حكم المعدوم — مختصر بودرى جزء ثالث ص ٢٩٧ فقرة ٤٦٣

الثمن البخس ٦٧٢ — أما الثمن البخس فيكون فى الواقع حاصلاً فى بيع حقيقى جدّى قصد البائع بهِ الحصول على الثمن ولكنه لم يبع بالقيمة الحقيقية لعدم خبرته أو لاضطراره أو لغير ذلك من الأسباب

ومهما كان الغبن فى الصفقة فليس للبائع ابطاله لتوفر جميع أركانه . فالغبن لا يبطل البيع ولا يجيز الرجوع فى العقد أو فسخه . على أن القانون أجاز على سبيل الاستثناء فى حالة بيع عقار للقاصر طلب تكملة الثمن متى كان الغبن الفاحش يزيد على خمس ثمن العقار المبيع — انظر المادة ٣٣٦ أهلى و ٤١٩ مختلط

والواقع أنهُ ليس من الضرورى لصحة البيع أن يكون الثمن معادلاً تماماً للمبيع

---

(١) الثمن البخس لغة هو دون ما يجب وتباخس القوم تغابنوا . والغبن النقص (مخصص ص ٢٥٢ سفر ١٢)

فيجوز أن ينقص أو يزيد وذلك نتيجة الحرية الاقتصادية فى المعاملات

٦٧٣ — ونرى أن تعبير القانون فى أن «الثمن يمثل القيمة التى قدر المتعاقدان بها المبيع» يخرج الثمن التافه لأنهُ لا يمثل فى الواقع قيمة الشيء اذ التافه هو الحقير اليسير أما القيمة فتدل على ما يقوم مقام الشيء[1] كما ان هذا هو المعنى المقصود بها فى اللغة الفرنساوية [2]

والقيمة فى اصطلاح الشرعيين ما يقوّم بهِ الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان — فقرة ثانية مادة ٣٢٠ ، رشد الحيران

فالثمن التافه لا يصلح حينئذٍ أن يكون عوضاً للمبيع لأنه لا يمثل القيمة ومعلوم ان البيع من عقود التعاوض . ولهذا يُقضى بعدم صحة البيع الصادر بثمن تافه لأنهُ يجب أن يتوفر ركن الثمن توفراً صحيحاً . أما التظاهر بذكر أحد الأركان على غير الحقيقة فلا يكفى لصحة العقد — راجع بودرى ص٢٩٧ فقرة ٤٦٣ وحكم الاستئناف الصادر فى ٤ مايو سنة ٩٠٥ مجموعة رسمية سنة سادسة نمرة ١١٠

الثمن الصورى

٦٧٤ — ج — والثمن الصورى هو الثمن الذى يذكر فى العقد استيفاء لشكله فقط لا بقصد المطالبة بهِ كأن يبرىء البائع المشترى من الثمن أو يهبهُ له فى نفس العقد . فالابراء أو الهبة فى الحال لا تجعـل المشترى مديناً بالثمن لأن الثمن يكون ذكر صورة لا حقيقة والمشترى لم يصر لحظة من اللحظات مديناً ويكون فى الواقع متفقاً بين المتعاقدين على عدم دفعه وعلى ذلك يكون الثمن غير موجود وما دام هذا الركن فُقد فالبيع لا ينعقد

٦٧٥ — أما اذا تمَّ البيع وعقب اتمامه أبراء البائع المشترى من الثمن فالابراء

---

(١) انظر مختار الصحاح وقاموس تاج اللغة وصحاح العربية للجوهرى جزء ثان فقد جاء به ان القيمة واحدة القيم لأنه يقوم مقام الشيء ويقال قومت السلعة

(٢) *Valeur, ce que vaut une chose. (Petit Larousse illustré.) En Economie Politique : Qalité relative des objets, en vertu de laquelle on obtient, en échange de l'une, une plus ou moins grande quantité de l'autre. Etre en valeur, se vendre facilement et avantageusement. (Dictionnaire Littré)*

لا يؤثر على العقد لأن العقد تم مستوفياً أركانه وكان للبائع أن يطالب بالثمن المستحق فى ذمة المشترى فاذا أبرأه منهُ فالابراء من الحقوق الجائزة له متى كان أهلاً للتبرع ويعتبر الأبراء عقداً جديداً — ١٨٠ أهلى و ٣٤٣ مختلط

٦٧٦ — ويعتبر الثمن غير حقيقىٍّ اذا كان من الواضح أنهُ لا يتأتى مطلقاً أن تفى بهِ إيرادات المشترى وانهُ فى حالة يتعذر معها دفع الثمن والبائع يعلم ذلك فهذه الظروف تفيد أنهُ لا ينوى المطالبة بالثمن (محكمة النقض بفرنسا ١٣ يونيه سنة ١٨٦٠)

ولكن لا يغيب عن البال ان مجرد اعسار المشترى وقت الشراء لا يكون وحده كافياً فى اعتبار الثمن غير حقيقى بل لا بدَّ من ظهور نية البائع فى عدم المطالبة بالثمن ظهوراً جلياً. وقد تكون حالة العسر من القرائن الدالة على ذلك ولكنها وحدها لا تكفى للاقناع بأن قصد البائع هو عدم المطالبة بالثمن ولا لأثبات صوريته لاحتمال ان البائع باع متوقعاً يسر المشترى فيجب التثبت فى جميع الأحوال من قصد البائع — بودرى وسينات ص ١٢٨

٦٧٧ — وقد لخصت محكمة مصر الاستئنافية صفات الثمن فى حكمها الصادر فى ١٨ ابريل سنة ١٩١٤ فقالت :

أجمع علماء القانون على أن الثمن فى المبيع يجب أن يكون جدياً بمعنى أن لا يكون صورياً أى الذى يشترطه البائع فقط لأجل الشكل ولم تكن عنده نية المطالبة بهِ ولا تافهاً أى قليلاً بدرجة تجعله معدوماً اذ لا فرق بين أن لا يشترط المتعاقدان ثمناً فى البيع و بين أن يشترطا ثمناً تافهاً أو صورياً

على أنهُ يجوز أن يكون الثمن جدياً مع كونهِ أقل من قيمة الشيء المبيع الحقيقية وهذا ما يسمى بالثمن البخس ولذلك تجب التفرقة بين الثمن البخس والثمن التافه. وهو المعتبر كالمعدوم لقلته . وقد قال الشراح ان الثمن يعتبر جدياً اذا كان له أهمية حقيقية فى ذاتهِ بحيث تجعله يستحق المطالبة بهِ من البائع وذلك مهما قلت قيمته عن الثمن الأصلى وهذا هو الرأى الراجح — مصر استئناف مدنى ١٨ ابريل سنة ١٩١٤ حقوق سنة ٢٩ ص ١٨٧

٦٧٨ — واذا كان الثمن صورياً أى غير حقيقى فالعقد لا يعد بيعاً لعدم وجود المقابل لنقل ملك المبيع وانما يعد هبة محضة تجرى فيه أحكامها بحيث لا تصح الاّ اذا كانت حاصلة بعقد رسمى ـ الاستئناف ٤ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة رسمية س ٦ نمرة ١١٠ — و ١٧ فبراير سنة ٩١٠ س ١١ نمرة ١٠٩ — وطنطا الجزئية ١٧ دسمبر سنة ٩٠٣ عدد ٩٣ مجموعة س ٥

ولا يعتبر هبة مستترة فى صورة بيع الاّ اذا كان العقد جامعاً لأركان البيع اللازم لانعقاده ومنها الثمن لأن الثمن من الأركان الجوهرية فى البيع لا من الشرائط المتعلقة بشكله فاذا فقد هذا الركن أصبح العقد غير صالح لاعتباره هبة مستترة (١)

فيلزم حينئذٍ لصحة الهبة الموصوفة بصفة عقد بيع أن تصبغ بصبغته وان تكون جامعة لشرائطه بحيث اذا كانت الرغبة فى الهبة ظاهرة ظهوراً جلياً فلا تسمى هبة مستترة بل هبة صريحة بينة مستلزمة للعقد الرسمى . وهذا هو الرأى السائد اذ كيف يترتب على العقد الذى لم ينعقد ولم يتكون نتائج تجعله صحيحاً بصفة عقد آخر

٦٧٩ — وقد صدرت بعض أحكام مناقضة لهذا المبدأ استناداً على ان هبة الثمن فى العقد جائزة لجواز هبة المنقول بلا عقد رسمى — راجع حكم الاستئناف ١٧ فبراير سنة ٩٠٧ مجموعة رسمية سنة تاسعة نمرة ٨٧ ومحكمة الاسكندرية الابتدائية ٣١ ديسمبر سنة ٩٠٦ مجموعة رسمية سنة ثامنة نمرة ٢٥٧

ونرى ان فى هذا خروجاً عن قصد الشارع ومخالفة ظاهرة لنص المادة ٤٨ من القانون المدنى لأن الهبة لا تكون فى الواقع موصوفة بصفة عقد البيع إذ البيع يستلزم مبيعاً وثمناً . والثمن المصرح فى العقد بالإبراء منه أو هبته لا يسمى ثمناً

واذا كانت الهبة مستورة فى صيغة البيع وشاملة فى الظاهر لأركانه صحت ولو كانت بعقد عرفى ولا سبيل لابطال العقد حتى ولو بقى المبيع تحت يد البائع — انظر فقرة ٦٩٠ الآتية

٦٨٠ — وقد أبطلت المحاكم فى فرنسا عقود البيع الحاصلة فى مقابل إيراد مرتب لمدة الحياة اذا تبين أن المرتب يقل عن غلة العقار معتبرين أن لا ثمن لأن المشترى

---

(١) اذا انعدم ركن الثمن بطل البيع فى الشريعة الاسلامية ايضا — جاء بابن عابدين ماياتى : وبطل بيع صرح بنفى الثمن فيه لانعدام الركن وهو المال . انظر ص ١١٠ ج ٤

لم يتحمل دفع شيء من ماله يكون عوضاً للمبيع بل فى هذه الحالة يكون البائع تنازل عن ملكه وعن جزء من غلته — راجع بلانيول فقرة ١٣٨١ جزء ثان ودوهلس فقرة

ويخالف هذا الرأى الاستاذ بودري قائلا ان البيع صحيح والثمن حقيق لان البائع يبيع بقصد الحصول على مبلغ معين ومحقق سنوياً عوضاً عن ريع غير مضمون وبذلك يخلص من متاعب استغلال العقار ومما يقع فيه من الضيق اذا أصابت المبيع آفة فأتلفت ثمره عدة سنين كما شوهد فى الأمراض التى تصيب الكروم مثلاً — بودرى المطول ص ١٣١

٦٨١ — ويترتب على اعتبار عقود البيوع الصورية هبة فى موضوعها أنه تسرى عليها أحكام الهبة

فللدائنين أن يبطلوها متى أضرت بحقوقهم ولو لم يكن هناك تدليس — « مادة ١٤٣ أهلى و ٢٠٤ مختلط »

ولا تجوز فيها الشفعة عملاً بنص المادة الخامسة من قانون الشفعة الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ — راجع حكم استئناف مصر ٢٦ نوفمبر سنة ٩٨ القضاء ٦ ص ١٧٩ والاستئناف أول ديسمبر سنة ٩١ الحقوق ٦ ص ٣٨٢ وجلاد مادة ٥ شفعة

بل ولا عقاب على التزوير فيها إن تبين أن العقد هبة محضة وواجب حصولها بعقد رسمى وذلك لأن العقد باطل حتماً فلا يحتمل حصول ضرر منه — (الاستئناف ٦ يونيه سنة ١٩٠٠ ص ١٨ س ٢ مجموعة رسمية)

٦٨٢ — أحكام — متى تضمن عقد عرفى أن والداً باع ابنته عقاراً ووهب لها الثمن فليس فيه الا هبة محضة لا صحة لها قانوناً لأنها لم تحصل بعقد رسمى وذلك من أركان الهبة ما لم تكن الهبة موصوفة بصفة عقد آخر — محكمة طنطا ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٣ عدد ٩٣ ص ١٧٨ مجموعة رسمية سنة ٥

٦٨٣ — اذا تعاقد ورثة متوف على أن يتنازل أحدهم لباقيهم عن حصته فى الميراث دون أن يذكر فى العقد قيمة هذه الحصة ولا حصول المتنازل على شيء يقابلها فهذا العقد ليس بيعاً ولا تخارجاً بل هبة صريحة وعلى ذلك يلزم لصحته أن يكون عقداً رسمياً — حكم جرجا الجزئية ٦ أغسطس سنة ٩٠٤ عدد ٦٩ مجموعة ص ١٤٣ سنة ٦

٦٨٤ — لأجل أن تكون الهبة الموصوفة بصفة عقد بيع صحيحة ولو لم تكن بعقد رسمي يجب أن يكون العقد المشتمل عليها أفرغ ظاهراً فى قالب بيع حقيقى وعلى ذلك فاذا كانت الهبة الموصوفة بصفة عقد بيع حاصلة بعقد عرفى نص فيه على هبة الثمن فالهبة باطلة لعدم حصولها بعقد رسمى — حكم محكمة الاستئناف الرقيم ٤ مايو سنة ٩٠٥ عدد ١١٠ مجموعة ص ٢٣٨ سنة ٦ و ٢٢ ديسمبر سنة ٩١٠ مجموعة رسمية نمرة ٦٤ سنة ٩١٢

٦٨٥ — اذا بيعت أرض بمقتضى عقد ذكر فيه ثمن لها وأعفى المشترى صراحة من دفعه وجب عدم تجزئة هذا العقد عند تفسيره وبذلك يكون من انتقلت اليه العين موهوباً له لا مشترياً ويعتبر العقد عقد هبة يجب فيه أن يكون رسمياً والا كان لاغياً عملاً بالمادة (٤٨) مدنى — الاستئناف ١٧ فبراير سنة ٩١٠ ص ١٠٩ مجموعة ص ٢٩٩ سنة ١١ والاستئناف ٣ فبراير سنة ٩١١ عدد ٦٥ مجموعة رسمية س ١٢

٦٨٦ — عقد البيع الذى ذكر فيه ثمن للمبيع وهو فى الواقع هبة يعتبر عقد هبة فى صورة بيع بالمعنى المقصود فى المادة ٤٨ مدنى وبناء عليه لا يلزم أن يكون العقد رسمياً — الاستئناف ٢٢ ديسمبر سنة ٩١٠ نمرة ٦٤ ص ١١٨ س ١٣

وحكم على عكس ما تقدم بما يأتى :

٦٨٧ — الهبة المفرغة فى قالب عقد بيع غير رسمى تعتبر صحيحة حتى ولو ظهر من العقد أن القصد هو الهبة وخصوصاً مثل الحالة التى ينص فيها على الاعفاء من دفع الثمن — محكمة اسكندرية الابتدائية ٣١ ديسمبر سنة ٩٠٦ مجموعة رسمية سنة ثامنة عدد ٢٥٧ ص ١٢٢

٦٨٨ — ليس المقصود من المادة (٤٨) من القانون المدنى أن الهبة التى لم تعمل بعقد رسمى يجب أن تكون مستترة وغير ظاهرة من العقد وانما يكفى أن يكون عقد الهبة موصوفاً بصفة عقد آخر فلا يبطل اذن عقد الهبة ان كان موصوفاً بصفة عقد بيع ولو كان الواهب اعترف فيه صراحة بأنه وهب الثمن للمشترى فظهر من العقد ان البيع صورى — الاستئناف ١٧ فبراير سنة ٩٠٧ نمرة ٨٧ ص ٢٠٠ سنة تاسعة مجموعة رسمية

٦٨٩ — تصح هبة العقار بعقد عرفى فى صيغة عقد بيع ولو كان الموهوب له معفى صراحة فيه من دفع الثمن — الاستئناف ٢٥ نوفمبر سنة ٩٠٨ نمرة ٥٢ ص ١١٩ س ١٠ و ١٣ مايو سنة ١٩١٣ مجموعة رسمية سنة ١٤ ص ١٠٤

٦٩٠ — هذا وليس من الضرورى استلام العين الموهبة هبة مستترة فقد حكمت المحكمة المختلطة بأن الظروف التى يستفاد منهـا بقاء العين تحت يد البائع وعدم قبضه الثمن تدل على أن العقد هو من عقود التبرع وليس من عقود البيع الحقيقى ولكن ذلك لا يعد سبباً قانونياً لابطاله متى كان صدوره برضاء صحيح — « مختلط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ سنة ١٥ ص ٢٠٣ فقرة ٤٣٢٨ مجموعة ثانية »

الصفة الثالثة

٦٩١ — يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

وتقديره يجب أن يكون بمعرفة المتعاقدين كما يؤخذ من نص المواد ٢٣٥ و ٢٣٦ (٣١١ و ٣١٨ مختلط) وذلك لأن تكوين العقد يرجع لاتفاقهما

٦٩٢ — وللعاقدين الحرية المطلقة فى تقدير الثمن والاتفاق عليه قبل عقد البيع بشرط أن لا يتوقف التقدير على مشيئة أحدهما دون الآخر . وكل طريقة يتفقان عليها بلا دخل لارادة أحدهما وتؤدى لتقدير الثمن تقديراً صحيحاً يصح بها البيع فيصح بيع الشىء بالثمن الذى اشتراه بِهِ البائع (اذا كانت مستندات الشراء الاولى موجودة والاّ أدى الأمر للنزاع فى صحة التقدير وبطل البيع) وكذلك يصح البيع بسعر السوق فى يوم البيع أو أى يوم آخر

٦٩٣ — وحكمت المحكمة المختلطة أن العادة الجارية فى تجارة القطن أن يشترى المشترى الصفقة من القطن ويترك للبائع الخيار فى تحديد الثمن فى ميعاد معين بينهما فى نفس الشروط . وتحديد الثمن إما أن يكون بناءً على الكنتراتات أو على الأسعار الجارية فى الجهة

أما السعر الذى يحصل تحديد الثمن بناءً عليه فهو سعر اليوم الذي أعلن البائع فيه للمشترى رغبته فى قطع السعر . وأما ما يكون دفعه المشترى للبائع من النقود فيجب

أن يدخل فى المحاسبة وأن يخصم من الثمن الذى حدد بحسب سعر اليوم الذى اختاره البائع — مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ س ١٦ ص ١١١ نمرة ٤٣٤٢ مجموعة ثانية

٦٩٤ — ولا يجوز الاتفاق على بيع الشىء بقيمته بغير بيان الثمن . وقد أجاز ذلك بعض الشراح بانياً صحة رأيه على أن هذا الاتفاق يدل على رغبة المتعاقدين فى تقويم المبيع بمعرفة خبير . واعتُرض بأنه لو كان الأمر كذلك لوجب تعيين الخبير فى العقد كما يقضى بذلك القانون الفرنساوى أما والتعيين لم يحصل فالعقد باطل

٦٩٥ — وكذلك لاينعقد البيع اذا حصل الاتفاق على البيع بالثمن الذى يعرض على البائع للشراء به لأن ذلك داع للنزاع : فالبائع يتوقع ثمناً مرتفعاً والشارى ثمناً منحطاً وكل منهما يسعى بحسب مصلحته فيما يرفع السعر أو يخفضه . ومثل هذه المشارطات تدخل فى مشارطات البيع بالاولوية السابق الكلام عليها فى الوعود بالبيع الصادرة من جانب واحد

٦٩٦ — والبيع فى جميع هذه الاحوال غير جائز بحسب الشريعة الإسلامية لأنه يجب أن يكون الثمن معلوماً بكيفية ترفع المنازعة كذكر قدره وصفته وذلك لأن التسليم والتسلم واجبان بمقتضى عقد البيع وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية للنزاع لأن التسليم يمتنع بها — فتح القدير ص ٨٣ ج ٥ وابن عابدين ص ٦ ج ٤ .

وعلى هذا قرروا بأنه لا يجوز بيع الشىء بقيمته أو بحكم فلان أو بما حل به أو بما تريد أو برأس ماله أو بمثل ما اشترى به فلان

ولكن لو علم المشترى بمقدار الثمن فى المجلس فرضى به عاد البيع جائزاً وذلك لأن الثمن أصبح معلوماً والأركان متوفرة

وقالوا كذلك إنه لا يجوز بمثل ما يبيع الناس الاّ أن يكون شيئاً لا يتفاوت كالخبز واللحم — فتح القدير ص ٨٣ ج ٥ وابن عابدين ج ٤ ص ٦.

فى تقييد حرية المتعاقدين

٦٩٧ — للمتعاقدين فى الاصل كما قلنا الحرية التامة فى تقدير الثمن بحسب

اتفاقهما ولكن بعض القوانين قد تقيد هذه الحرية بوضع حد أقصى للأسعار وخصوصاً المتعلق منها بالمواد الغذائية وقد صدر فى وقتنا هذا قانون نمرة ٦ لسنة ١٩١٤ يقضى بوضع تعريفة تتضمن أقصى الأسعار للأصناف الغذائية ومواد الحاجيات الأولية وذلك لمداركة ما عساه يحدث من الارتفاع المصطنع فى تلك الأسعار

فيمن له حق تقدير الثمن

٦٩٨ — لا نزاع فى أن الاتفاق على الثمن يكون بمعرفة المتعاقدين كما قدمنا ولكن هل يجوز تفويض تقدير الثمن لأجنبي أو لا يجوز ؟

وأهمية السؤال تأتى من جهة النص الصريح على ذلك في القانون الفرنساوى (مادة ١٥٩٢) وسكوت القانون المصرى . فهل يحمل هذا السكوت على عدم ارادة الشارع الأخذ بمضمون هذه المادة أو أن الأخذ بها لا يزال مع ذلك جائزاً

نقول إن فى الأمر شكاً والظاهر أن المسألة لم تعرض على القضاء فلم أعثر على أحكام فى هذا الموضوع ولم يجر العرف على اتباعها بل الغالب أن يستشير المتعاقدان ذوى الرأى وأهل الفن قبل ابرام التعاقد ومتى وقف كل منهما على ما يساويه المبيع عند البيع واتفقا على الثمن ذكراه فى عقد البيع . أو أن كلاً منهما يعين وكيلاً خاصاً عنهُ ولكن المسألة المعروضة هى تعيين شخص واحد يمثل كلاً من المتعاقدين لتقدير ثمن المبيع ولم يكن لأحدهما أن يطلب زيادته أو نقصه بعد ذلك

ويمكن الاجابة على ذلك برأيين :

أولاً — للعاقدين حق تفويض تقدير الثمن لأجنبي عن العقد . بناءً على قاعدة حرية الاتفاقات ما دامت لم تكن مخالفة للآداب ولا للنظام العام ولان حركة التجارة قد تستدعى ذلك فى الاحوال التي تحتاج لمعلومات فنية وتسهيلها من المصلحة العامة

وتلك هى الأسباب التى أخذ بها الشارع الفرنساوى لتقرير هذه القاعدة

ثانياً — يمكن أن يقال إن فى سكوت الشارع المصرى عن نقل هذه المادة تركا للعمل بمضمونها لأنها تؤدى لعمل غير مجدٍ ونتيجة غير مضمونة فان الأجنبي المفوض

اليهِ التحكيم اذا لم يقبله أو لم يستطع مباشرته أو مات قبــل التقدير بطل البيع (راجع مادة ١٥٩٢ فرنساوى) . ويعين على إبداء هذا الرأى كون هذا الأمر نادراً حصوله فى العرف وأن الشريعة الاسلامية التى كانـــ معمولاً بها لحين اصدار القوانين لا تجيز ذلك لجهالة الثمن فانه يشترط لصحة البيع شرعاً معلوميــة الثمن بما يرفع المنازعة فلا يصح بيع الشيء بحكم فلان — ابن عابدين ص ٦ ج ٤

ونفس واضعى القانون الفرنساوى لاحظوا ذلك ولكنهم توسعوا فقالوا إن الثمن وان لم يكن معيناً وقت اتفاق المتعاقدين على البيع ولكنهُ سيعين بعد بمعرفة الأجنبى ويعتبر تعيينه حاصلاً من وقت التعاقد

وقد قام الخلاف فى نفس تسمية هذا الاجنبى أيسمى حَكماً وليس من نزاع فى خصومة ليوكل اليهِ حسمها وانما وكل اليهِ تقدير الثمن أو يسمى خبيراً والخبير رأيه استشارى مع أنـــ الحكَم رأيه قطعى نافذ على الجانبين أو يسمى وكيلاً وما هو بوكيل نائب عن الجانبين المختلفى المصالح وإنما هو ثالث يبدى رأياً مستقلاً عن آرائهما ورغباتهما

هذان رأيان يمكن ابداؤهما ولكل منهما وجهة

فيما يترتب على تعيين الخبير

٦٩٩ — وإحاطة بأطراف الموضوع نذكر بإيجاز القواعد المترتبة على رأى من يجيز تعيين الخبراء لتقدير الثمن

٧٠٠ — قال الشراح الفرنسيون إن هذا الأجنبى يسمى خبيرًا وإن كان قانونهم سماه حكماً . ويجب أن يعينه العاقدان بأنفسهما فى عقد البيع اذ لو كان التعيين متروكاً لغيرهما كالحاكم مثلاً لما كانت حالة عدم قدرة الخبير أو عدم رغبته فى أداء المهمة المطلوبة مانعة من تكوين البيع لجواز تعيين غيره مع أن القانون الفرنساوى صريح فى أنه إذا لم يستطع الحكم أو لم يرد أداء المأمورية فلا ينعقد البيع

٧٠١ — ويجوز أن يكون هذا الحكَم أو الخبير واحداً أو اكثر . ويعد وكيلاً عن العاقدين فى تقدير الثمن

٧٠٢ — وبمجرد تعيينه فى العقد يتم البيع ولو كان الثمن غير مسمى لأن التقدير أصبح غير متعلق بإرادة أحدهما

٧٠٣ — وبمجرد تقدير الثمن بمعرفة الخبير يعتبر البيع تاماً من وقت التعاقد . فإذا لم يستطع أو لم يرد تقدير الثمن فلا ينعقد البيع

٧٠٤ — ويترتب على اعتبار البيع تاماً بمجرد تقدير الخبير من تاريخ التعاقد انتقال الملكية من ذلك الحين وضرورة تسجيل عقد البيع بمجرد صدوره ليتمسك به المشترى قِبل الغير

٧٠٥ — وليس للمحاكم أن تعيّن خبيرًا مكان الخبير الذى يرفض أداء المأمورية أو الذى يموت . وذلك لأنه بمجرد حصول أمر من ذلك لا ينعقد البيع وليس للمحاكم أن تحل محل الخصوم فى عمل متعلق بمحض إرادتهم

وإذا حصل الاتفاق على تعيين الخبير بعقد لاحق ثم رفض أحد المتعاقدين تنفيذ تعهده فلا يتم البيع وليس للآخر مطالبته بتعويض ارتكاناً على أنه تعهد بعمل شىء لم ينفذه وذلك لأن التعهد هو عبارة عن بيع لم يتم

أما لو لحق أحدهما ضرر من ذلك كأن أعلن عن بيع محله وعزمه على الرحيل فبارت تجارته فله الحق فى التعويض بناءً على القاعدة القاضية بأن من أحدث ضرراً لغيره فعليه تعويضه

٧٠٦ — وتقدير الثمن بمعرفة الخبير يجب أن يكون بمراعاة قيمة الشىء وقت التعاقد لا وقت التقويم بمعنى أنه يصرف النظر عن الزيادة الطارئة لأن تقدير الثمن يجب أن يحصل وقت التعاقد ولو كان قدره المتعاقدان بأنفسهما لحصل التقدير فى ذلك الوقت

٧٠٧ — وليس للعاقدين أن ينقضا تقدير الخبير لأن ذلك مؤدٍ لعدم تنفيذ اتفاقهم . فاذا خرج الخبير عن حدود مأموريته أو وقع تدليس من أحد المتعاقدين جاز النقض وذلك لأن الخروج عن حدود المأمورية فى الحالة الأولى يجعل التقدير

غير صحيح وفى الثانية يجوز لحصول التدليس المفسد للرضاء

٧٠٨ — والبيع يعتبر معلقاً على شرط موقف لإيجاده ويترتب عليه النتائج المترتبة على الشرط وهى أن مفعول الشرط يستند الى الماضى اذا تم . واذا لم يتم أى لم يحصل تقدير الثمن لسبب من الأسباب المتقدمة فلا بيع لأن الثمن يكون معدوماً «كتاب العقود لجرانمولان ص ٥ وبلانيول فقرة ١٣٨٤ ج ٢ ودوهلس فقرة ٩ ج ٤ بيع»

٧٠٩ — ليس من اللازم أن المشترى هو الذى يدفع الثمن فاذا تعهد شخص آخر بدفعه فالمشترى يصير مالكاً على كل حال . أما فيما يتعلق بعلاقة دافع الثمن بالمشترى فتختلف باختلاف قصد دافع المبلغ فقد يجوز أن يكون الدفع هبة أو قرضاً أو أداء دين عليه للمشترى — بلانيول فقرة ١٣٨٢ ج ٢

فرع خاص — فى المقصد الشرعى (١)

٧١٠ — الى هنا تكلمنا على أركان البيع باعتباره عقداً خاصاً ولكن لا يغيب عن الذهن أنهُ يجب أن تتوفر فيهِ أيضاً جميع شروط صحة التعهدات على العموم من رضاء . وأهلية . ومحل . ومقصد (سبب)

أما الرضاء والمحل فقد وفيناهما حقهما من البحث ولنا مع ذلك عودة للكلام على الرضا فى الفصل الخاص «بالمتعاقدين» كما سنتكلم فيهِ أيضاً على الأهلية . بقى المقصد فنقول فيهِ كلمة موجزة

٧١١ — بما أن البيع لا يخرج عن كونه تعهداً من التعهدات وجب لصحته أن يكون مبنياً على مقصد صحيح جائز قانوناً كما نصت على ذلك مادة ٩٤ أهلى — « ١٤٨ مختلط و ٢١١ مرشد الحيران »

ولا كلام لنا هنا على تعريف المقصد الشرعى وبيان أحكامه والفارق بينه وبين

---

(١) *Cause legale* — سبق أن قلنا بأنا نفضل هذا التعبير الوارد فى مادة ٢١١ مرشد الحيران لما فيه من مزية رفع اللبس الناشىء من استعمال كلمة سبب — راجع فقرة ٥٠٢ السابقة ونزيد عليه أن نفس القانون استعمل كلمة سبب بمعنى *juste-titre* فى مادة ٧٦ أهلى

الباعث[١] على التعاقد فشرح ذلك خاص بباب التعهدات — انظر في ذلك بودري الوجيز فقرة ٨٤٦ومابعدها ج٢ وبلانيول فقرة ١٠٢٦ ومابعدها ج٢ وفتحي باشازغلول ص١٣٥

في الفرق بين المقصد والباعث في البيع

٧١٢ — وغاية ما تقصد التنبيه اليه هو أن البطلان مقرر فى حالة عدم صحة المقصد أو عدم جوازه قانوناً لا فى حالة عدم صحة الباعث أو عدم جوازه قانوناً لذلك وجب التفريق بين الأمرين عند طلب بطلان البيع. وفى هذا المقام لسنا نكر أن الشراح لم يهتدوا الى وضع حد فاصل بينهما ومميز لكل منهما بوضوح وجلاء. الاّ أنهُ ربما كان هذا التمييز أظهر وأوضح فى عقد البيع عن غيره من سائر العقود

٧١٣ — فالمقصد فى كل عقد هو الغرض الأصلى منه او السبب القريب المباشر ولذلك قال الشراح إنهُ لا يختلف فى العقود التى من نوع واحد لأن تعهد كل جانب مقصد لتعهد الجانب الآخر. ففى البيع يقصد المشترى من الشراء الحصول على المبيع (وهو عبارة عن تعهد البائع) ويقصد البائع من البيع الحصول على الثمن (وهو عبارة عن تعهد المشترى) . وهذا المقصد لا يتغير فى جميع عقود البيع

أما الباعث فهو الغرض العارضى أو السبب البعيد الذى يختلف باختلاف النزعات والعوامل الشخصية وكثيرًا ما يكون باطنياً وأمره مكتوم عن المتعاقد معه . مثال ذلك شراء منزل فهذا يشتريه ليسكنه . وذاك ليجعله مدرسة . وثالث ليتخذه مصنعاً . ورابع ليجعله فضاء لبيته أو بستاناً وهكذا

كذلك بيع الشيء للحصول على الثمن . فهذا يحصل عليه ليؤدى دينه . وذاك للإنفاق منه على نفسه ومن يعولهم . وثالث لعزمه على سفر وهكذا مما لا حصر له

٧١٤ — يتبين من هذا أن المقصد شيء والباعث شيء آخر . فللوقوف على صحة المقصد وجوازه قانوناً يجب البحث فى نفس أركان البيع والعناصر المكوّنة له لا فى البواعث الدافعة للبيع أو الشراء . فاذا كان ركن البيع صحيحاً وجائزاً قانوناً كان المقصد كذلك أما اذا كان غير صحيح أو غير جائز قانوناً فالمقصد غير صحيح مثال

---

(١) *le motif*

ذلك أن يكون المبيع رقيقاً أو حشيشاً والثمن دين قمار فالبيع باطل لأن المقصد غير شرعى

أما اذا كان الباعث غير جائز قانوناً فالبيع لا يكون باطلاً حتماً بل يكون صحيحاً لأن القانون لم يقرر البطلان لهذا السبب اعتقاداً منه بأن البواعث تختلف اختلافاً لا حصر له كما قدمنا . فاذا كانت غير جائزة فى حالة ففى أحوال عديدة تكون جائزة . ولكن المقصد إذا كان غير جائز قانوناً فهو كذلك أبدا فى سائر العقود . فالتفريق بينهما حينئذٍ واجب

ومن الخطإ أن يعد مقصداً للبيع غرض المشترى من استعمال المبيع فى أمر معين عند الشراء أو غرض البائع من استعمال الثمن الذى قبضه . وكثيراً ما تخطىء المحاكم فى هذا الصدد فتحكم بأن البيع باطل لابتنائه على مقصد غير جائز متى ظهر لها أن المبيع حصل شراؤه ليكون مخصصاً لاستعمال غير جائز قانوناً وهو خطأ ظاهر ومخالف لنص القانون لأن الاستعمال ليس هو المقصد (السبب)

ولقد أشارت الى هذا التمييز محكمة بوردو الفرنسية فى حكمها الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٨٨٨ وقال بوجوبه شراح القانون — انظر بودرى الوجيز فقرة ٨٥٣ ص ٦٠٩ وبلانيول فقرة ١٠٣٩ وبودان كتاب البيع والاجارة ص ١٠٤ فقرة ١٥٢

مثال ذلك شخص اعتقد أنه ورث فاشترى أطياناً ثم تبين أنه لم يرث فلا يجوز له طلب إبطال البيع بناء على عدم صحة الباعث . كذلك لو اشترى صناديق لشحن « حشيش » فيها فلا يجوز إبطال بيع الصناديق لأنهـا معدة لاستعمالها فى أمر غير جائز قانوناً فان بيع الصناديق غير محرم والبطلان لا يصح أن يبنى على الباعث

٧١٥ — تبين مما تقدم أن المقصد فى العقد متعلق بأركانه ولذا يختلط المقصد أحياناً بمحل العقد بمعنى أن ما يعتبر محلاً لتعهد أحد المتعاقدين يكون مقصداً لتعهد المتعاقد معه فى نفس الوقت . فالمبيع الذى هو مقصد المشترى كما بينا هو محل تعهد البائع . والثمن الذى هو مقصد البائع هو أيضاً محل تعهد المشترى

ومن ثم فمتى كان البيع صحيحاً من جهة المحل فهو صحيح من جهة المقصد واذا

كان باطلاً بالنسبة للمحل جاز طلب إبطاله لعدم وجود مقصد صحيح

ولهذا ترى بعض الشراح الحديثين يفضلون إهمال النصوص المتعلقة بالمقصد فى التعهدات لعدم الفائدة من وجودها وانعدام الضرر من حذفها — انظر بلانيول فقرة ١٠٤٠

وقد جرت بعض القوانين الحديثة على هذا المذهب كقانونى سويسرا وألمانيا فانهما أهملا ما يتعلق بالمقصد

٧١٦ — وقد حكم بأن السبب الصورى للتعهد هو سبب صحيح متى كان لا يحرمه القانون ولا يخالف النظام العام أو الآداب فيتعين حينئذٍ الحكم بصحة البيع الذى يذكر فى عقده أن الثمن دفع وحقيقة سببه وفاء دين مستحق للمشترى على زوج البائعة الذى اتفق معهـا على أن تبيع أطياناً لهذا الغرض كان قد باعها اياها — « طنطا استئناف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٣ نمرة ٨٨ ص ١٦٩ مجموعة رسمية س ٥ »

الفصل السادس

الفرع الأول — فى شكل البيع

إلى هنا تكلمنا على أركان البيع والشراء وعلى شروط صحته فلنتكلم عليه الآن من جهة شكله وطرق اثباته والمصاريف المترتبة عليـه ثم نتبع ذلك بالكلام على الأحوال التى قد يتكيف بها البيع (صيغه)

٧١٧ — البيع من جهة شكله (صورته) إما أن يكون خاصاً أو عاماً

فالخاص ما وقع بين بائع ومشتر يختاره البائع وهذا ما يسمى عرفاً (بيع بالممارسة)

والعام ما طرح فى المزاد العلنى ووقع لمن يقدم أعلا ثمن — وهذا البيع اما أن يحصل بواسطة البائعين أنفسهم (كما هى طريقة بعض مصالح الحكومة والدوائر) أو بواسطة المحكمة

وقد يكون بواسطة سماسرة أو أحد أرباب الوظائف العموميـة — انظر مادة ٢٧٨ تجارى

والبيع على يد المحكمة إما أن يكون اختياراً بالكيفية المبينة فى مادة ٦٢٠ مرافعات أو جبراً كما فى حالة بيع الأشياء المحجوز عليها

شكل البيع الخاص

٧١٨ — وكلامنا هنا قاصر على البيع الخاص فنقول :

هذا البيع إما أن يكون بالكتابة أو بالمشافهة . وإن كان بالكتابة فيكون بعقد عرفى أو عقد رسمى لأنّ البيع ليس من عقود العلانية . سيان فى ذلك بيع المنقول أو العقار

والكتابة كما قدمنا (فقرة ٨٠ وما بعدها) ليست لازمة لتكوين البيع وانعقاده وانما هى لازمة لاثباته فقط لأن البيع من عقود التراضى التى تتم بتوفر أركانه الثلاثة وهى التراضي بالبيع والشراء والاتفاق على المبيع والثمن

والعبارة الثانية من مادة ٢٣٧ أهلى (٣٠٣ مختلط) لا تجعل للشك فى هذا المقام سبيلاً فإنها بعد أن بينت صور البيع نصت من قبيل الاستدراك على أنه فى حالة الانكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الاثبات

وهذا صريح فى أن البيع يصح شفهاً فى جميع الأحوال بالغة قيمة المبيع ما بلغت فاذا اعترف المتعاقدان بالبيع لزمهما كما اذا كان حاصلاً بالكتابة ولا حاجة للكتابة والرجوع اليها الاّ اذا أنكر أحد المتعاقدين تعاقده فعند الجحود تراعى قواعد الإثبات

وقد كان المتبع قديماً إثبات البيع بسند يسمى حجة ان كان موضوعه أرضاً خراجية وتقسيطاً ان كان موضوعه أرضاً عشورية وعلى كل حال ما كان يتوقف انعقاد البيع على تسليم هذه السندات فالبيع فى الشريعة الاسلامية من عقود التراضى أيضاً

٧١٩ — على أنه قد يضطر المتعاقدان لتحرير البيع بالكتابة اذا كان وارداً على عقار أو حق عينى ولكن الغرض من ذلك ليس هو لزوم الكتابة للانعقاد بل التوصل لجعل هذا البيع منتجاً أحكامه القانونية فان الملكية لا تنتقل بالنسبة لغير المتعاقدين

والعقد لا يحتج به عليهما الاّ بالتسجيل والتسجيل لا يتأتى الا اذا كان العقد مكتوباً « ٢٧٠ مدنى أهلى و ٣٤١ مختلط »

في تعليق انعقاد البيع على كتابة عقد

٧٢٠ — وعدم توقف انعقاد البيع على الكتابة هو الأصل إلا أن للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك فلهما أن يعلقا انعقاد البيع على تحرير عقد عرفى أو رسمى بهِ وذلك أمر مشاهد كثيراً فى العمل — انظر فيما تقدم فقرة ٨٧ وما بعدها

وفى هذه الحالة يعد الاتفاق الشفهى على المبيع والثمن مشروع بيع فقط لكل طرف الرجوع فيهِ قبل تحرير العقد لأن البيع لا يتم ولا يكون ناقلاً للملك الا بالكتابة طبقاً لاتفاق المتعاقدين الذى هو قانونهما

ولكون هذا الأمر جاء على خلاف الأصل يجب أن تكون رغبة المتعاقدين فى تعليق انعقاد البيع على تحرير العقد ظاهرة بصفة جلية فمجرد القول البسيط بتحرير عقد بالبيع فيما بعد لا يبرر مخالفة القانون العام ولا يدعو لاعتبار البيع معلق الانعقاد على التحرير — انظر بودرى المطول فقرة ١٨٦ ودوهلس فقرة ١١٠ بيع ج ٤

٧٢١ — كذلك الحال لو نص المتعاقدان فى عقد عرفى على استبداله بعقد رسمى فالبيع يعتبر تاماً من تاريخ تحرير الورقة العرفيـــة ولو امتنع أحد المتعاقدين عن تحرير الورقة الرسمية الاّ اذا تبين بكيفية واضحة جلية ان رغبة المتعاقدين هى تعليق الانعقاد ذاته على تحرير العقد الرسمى . لذلك يتعين عليهما أن يصرحا فى الورقة العرفية بأنها تحررت بصفة مشروع بيع لا يتم الاّ بتحرير العقد الرسمى فبذلك يكون العقد الرسمى من المسائل الاساسية لاتمام البيع ولو حصل الاتفاق على المبيع والثمن وإن لم يصرحا بذلك فالبيع يعتبر تاماً من تاريخ تحرير الورقة العرفية لأنه لا فرق بين الورقة العرفية والرسمية الاّ من جهة قوة الاثبات لا من جهة تكوين البيع وتوفر أركان انعقاده

ويرجع فى تفسير قيمة مثل هذا الاتفاق وما يترتب عليه من الأحكام الى قصد المتعاقدين فالمسألة حينئذ مسألة وقائع يرجع فى تقديرها الى القضاء — بودان فقرة ١٥٥ ص ١٠٦

يستخلص مما تقدم ان لهذه المسألة وجهين :

ا — فإما أن يكون قصد المتعاقدين أن البيع لا يوجد (أى لا ينعقد) ما دامت الكتابة لم تحصل ويكون حينئذٍ العقد هنا عبارة عن مشروع بيع لا يربط المتعاقدين الاّ عند تحرير العقد

وفى هذه الحالة اذا ظهر أن العقد الرسمى باطل فالبيع لا يتم لأن العقد الرسمى هنا ليس مجرد طريق للثبوت بل شرط من الشروط المعلق عليها انعقاد البيع — « دوهلس فقرة ١١٠ عبارة أخيرة بيع ج ٤ »

ب — وإما أن يكون القصد تحرير عقد بالبيع لتأكيده وإثباته فقط وحينئذٍ ينعقد البيع قبل تحرير العقد وينتج أحكامه وليس للمتعاقدين الرجوع فيه

في اعتبار الحكم فى مقام العقد الرسمى عند الامتناع

٧٢٢ — والتعهد بتحرير العقد هو تعهد مستقل موضوعه الالتزام بعمل شىء فينفذ بالطرق العامة لتنفيذ التعهدات ولذلك يتحول الى تعويضات عند الامتناع عن نفاذه

فإذا طلب أحد المتعاقدين لتحرير العقـد الرسمى فامتنع فلا سبيل لإجباره بالقوة على ذلك لأنه متعهد بعمل شىء فعدم تنفيذه لا يستلزم الاكراه وانما يجيز طلب تعويض يقدر باعتبار مبلغ معين عن كل يوم من أيام التـأخير إذا لم يذعن الممتنع لتحرير العقد فى ميعاد تحدده له المحكمة ويجوز لذى الشأن وهو الأفضل طلب اعتبار الحكم الصادر بثبوت الامتناع قائماً مقام السند الرسمى — بودرى المطول فقرة ١٨٧

٧٢٣ — وتعليق انعقاد البيع على تحرير عقد عرفياً كان أو رسمياً لا يجعل البيع معلقاً على شرط موقف كما يرى بعضهم لأن التعليق هنا وارد على التراضى وهو ركن للبيع فتراضى المتعاقدين النهائى معلق على تحرير العقد كتابة ولذلك كان لكل منهما أن يرجع فى قوله قبل التحرير لأن الاتفاق الأول عبارة عن مجرد مشروع بيع . وبهذا يعترض على القائلين بأن البيع يعد بيعاً معلقاً على شرط موقف فى حالة ما إذا تحقق اعتبار البيع تاماً من تاريخ التعاقد الأصلى كما أنه يرد عليهم أيضاً

أن الشرط لا يصح هنا لأنه شرط معلق على مشيئة كل من المتعاقدين إن شاء نفذه وان شاء لم ينفذه

تطبيقات

٧٧٤ — حكمت المحكمة الأهلية بما يأتى :

اتفق أغلب علماء القوانين على أنه فى حالة ما إذا كان عقد البيع حصل بالمشافهة اللفظية أو الكتابة العرفية واتفق المتعاقدان على أنه فيما بعد يحرر سند رسمى بينهما بموضوع التعاقد الموجب باللفظ والكتابة العرفية فهذا الاتفاق لا يكون شرطاً موقفاً للبيع أى مانعاً من لزومه لغاية حصوله الاّ اذا دل العقد دلالة صريحة على أن نية المتعاقدين متفقة على الايقاف وعدم اللزوم لحين تمام تحرير السند الرسمى وأما اذا لم يدل العقد دلالة صريحة على ذلك فيعتبر أن المتعاقدين أرادا فقط اثبات تعهدهما وتعاقدهما فيما بعد بسند رسمى لحكمة ما ولا يكون شرطاً موقفاً للبيع بل هو لازم من وقت صدوره

وقرروا كذلك بأنه اذا صار تنفيذ عقد البيع بتسليم المبيع مثلاً قبل تحرير العقد الرسمى المتفق عليه بينهما فهذا التنفيذ ينفى كون الاتفاق على تحرير السند الرسمى مؤخراً شرطاً موقفاً للبيع ولو كان العقد الأول يدل دلالة صريحة على اعتبار التحرير الرسمى شرطاً فان التنفيذ يبطل هذا الاتفاق لأن ارادة المتعاقدين هى اثبات ما كان بينهما بسند رسمى فقط فمضى الميعاد المعين لتحرير ذلك السند الرسمى بدون حصول التحرير لا يفسخ البيع ولا يمسه بشىء ما وقد نص على ذلك فى كتاب العالم داللوز بالمجلد الثالث والأربعين ص ٦٢ عدد ٦٥ وما بعده وفى كتاب المؤلف ماركديه جزء سادس ص ١٧٩

(مصر حكم استئناف ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق س ٨ ص ١٩٧ القضاء المصرى جزء أول نمرة ٢٣١ فقرة ثانية)

الفرع الثانى — فى اثبات البيع

قوانين مصرية

مادة ٢٣٧ أهلى — يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالمشافهة انما فى حالة الانكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الاثبات

مادة ٣٠٢ مختلط — يجوز أن يكون البيع بالكتابة بعقد رسمى أو عرفى

مادة ٣٠٣ مختلط — ويجوز أن يكون مشافهة أو بالاشارة وانما فى حالة الانكار تتبع القواعد المقررة فى القانون بشأن الاثبات

شريعة اسلامية

مادة ١٧٣ مجلة — كما يكون الايجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً

مادة ١٧٤ — ينعقد البيع بالاشارة المعروفة للاخرس

قانون فرنساوى

مادة ١٥٨٢ فقرة ثانية — ويجوز أن يكون البيع بعقد رسمى أو عرف

٧٢٥ — البيع من عقود التراضى كما تقدم ، لهذا يجوز أن يكون بالكتابة أو المشافهة أو اشارة الأخرس . فمتى تم التراضى ولو شفهاً تم البيع وانعقد ولا استثناء لذلك الاّ ما قدمنا فى فقرتى ٨٦ و ٨٧ أى حالة بيع السفن التجارية والمراكب البحرية المشترط بيعها بعقد رسمى (مادة ٣٥ من قانون التجارة) وحالة اتفاق المتعاقدين على تحرير عقد كتابى بالبيع — راجع أيضاً فقرة ٧٢٠ المتقدمة

فى المراد بالكتابة

٧٢٦ — فالكتابة فى الواقع لا يقصد بها غير اثبات التعاقد عند النزاع وليست لازمة لصحة البيع[1] وعلى ذلك اذا لم يتحرر عقد بالبيع أو تحرر ثم ضاع جاز مع ذلك

---

(١) كذلك يقصد بالكتابة أو الشهادة فى البيع عند الشرعيين الاثبات ودفع الريبة قال تعالى « وأشهدوا اذا تبايعتم » أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد – فتح القدير ص ٨٨ ج ٥ وقال عز وجل « ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً الى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا الاّ أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح أن لا تكتبوها » بينت هذه الآية الحكمة من الكتابة ولم تجعلها ركناً من أركان العقد ولا شرطاً لصحته واستثنت المسائل التجارية منها كما هو الشأن فى القوانين الوضعية التى تفرق بين المسائل التجارية والمدنية

اثبات البيع بكافة الطرق الجائزة قانوناً — راجع بودان فقرة ١٥٥ ص ١٠٦ من كتاب البيع والاجارة

في ضرورة مراعاة قواعد الاثبات

٧٢٧ — على أن القانون وان أجاز البيع مشافهة لكنه لم يرد أن يخل بالقواعد العامة المقررة في مواد الاثبات عند الانكار فصرح بوجوب سريانها عليه كما هي سارية على جميع التعهدات القانونية الاخرى — انظر مادة ٢٣٧ أهلي و٣٠٣ مختلط

وعلى هذا كل ما زادت قيمته من البيوع المدنية عن ألف قرش لا يجوز اثباته بغير الكتابة ما لم يكن هناك مانع من الاستحصال عليها — مادة ٢١٥ مدني أهلي و ٢٨٠ مختلط

أما البيوع التجارية فيجوز اثباتها بكافة الطرق القانونية بما فيها الاثبات بالبينة وبقرائن الأحوال — مادة ٢٣٤ أهلي و ٢٩٩ مختلط

٧٢٨ — واذا طعن في عقد بيع بأنه صوري فلا يجوز اثباته بين المتعاقدين بالبينة اذا كانت القيمة تزيد عن الحد الجائز فيه الاثبات بها — الاستقلال عدد ٩ سنة ٦

٧٢٩ — أما غير المتعاقد الذي أضر به عقد البيع فله أن يثبت بالبينة أن العقد المذكور صوري — حكم محكمة مغاغه الجزئية الرقيم ٢٢ مايو سنة ١٩٠٥ عدد ٢٤ مجموعة ص ٥٥ سنة ٧

٧٣٠ — وقد لاحظ العلاّمة بلانيول على تعبير القانون في قوله (يكون البيع بالكتابة) قائلاً انه كان الأولى أن يكون التعبير بلفظ «يثبت» لأن الكتابة ليست لازمة لصحة العقد وانما الغرض منها الإثبات فقط

وهذه ملاحظة يمكن ابداؤها بصفة عامة لأن غرض القانون بيان الكيفية التي يحصل بها البيع والبيع قد يكون فعلاً بواسطة الكتابة كالبيع بالمراسلات

ولهذا يُفضل تعبيز الفقهاء الشرعيين في هذا الصدد فانهم يقولون بأن البيع ينعقد بالايجاب والقبول خطاباً (أي مشافهة) كما ينعقد بهما تحريراً ومكاتبة — مادة ٢٠٢ مرشد الحيران .

٧٣١ — ولما كان بيع العقار لا يحتج به على الغير الا من تاريخ تسجيله (مادة ٦١١ أهلى و ٧٣٧ مختلط) فذلك يؤدى حتماً الى ضرورة تحرير تلك العقود بالكتابة حتى يتيسر تسجيلها غير أنه ليس من الضرورى أن يكون المحرر رسمياً لامكان تسجيله فالعقد العرفى كاف

٧٣٢ — على أن بعضهم يفضل أن يكون البيع بعقد رسمى لما يترتب على ذلك من مزايا تحرير العقد بعبارة صحيحة وافية بمراد القانون وصيانته فى مكان أمين وضمان تسجيله والحصول على صورته عند اللزوم. وبعض القوانين الاوربية كقانون ايطاليا يقضى بأن يكون البيع بالكتابة والا كان باطلاً — مادة ١٣١٤ منه

٧٣٣ — وقد شرعت الحكومة فى تقرير بيع العقارات بعقد رسمى كما أشرنا قبل — انظر التعليق نمرة ٣ ص ١٩

ونرى أن هذه الطريقة ربما كانت أفضل الطرق لأن المشترين كثيراً ما يتهاونون فى تسجيل عقودهم . ويتحملون من وراء ذلك مضار عظيمة لن تزول الا باشتراط تحرير العقود بالصفة الرسمية ولا تزال طائفة كبيرة من الأهالى تعتقد أن مجرد نقل التكليف فى دفاتر الحكومة يغنى عن التسجيل ويكسبهم ما يترتب عليه من الحقوق(١) ولعل لهم عذراً فان من يستقصى الحالة العقارية فى مصر يرى أن طريقة العلانية أى طريقة تحرير العقود على يد مأمورين وتسليم الحجة بعد « نقل التكليف » كانت القاعدة فى الديار المصرية

فقد كان المتبع فى اثبات انتقال حقوق الانتفاع من يد شخص لآخر أن يقدم المتنازل طلباً للمديرية وهى بعد التحقق بواسطة المركز من صحة الطلب وصحة وضع

---

(١) يجب أن يلاحظ بأن التكليف لا يترتب عليه أدنى حكم من أحكام البيع سواء كان بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير فالتكليف انما وضع لسهولة تحصيل الأموال الأميرية ولكنه لا يثبت الملكية — استئناف مصر أول مارس سنة ١٩٠٨ الاستقلال ٢٠ س ٦

وكل ما له من المزية أنه قد يؤيد الملكية اذا قامت عليها أدلة أخرى فهو من القرائن المفيدة وضع اليد وأن الشراء نفذ من جهة أحكامه القانونية والادارية أى سلم للمشترى ونقل التكليف باسمه وكل ذلك ما لم يثبت العكس

يد الطالب على الأطيان التى يريد التنازل عنها والتأكد من عدم وجود موانع تجرى تسجيل جميع هذه الاجراآت فى سجل مخصوص يوقع عليه المدير أو وكيله والطرفان وشهودهما ثم تأذن القاضى الشرعى بكتابة الحجة الشرعية وتسليمها للمتنازل له وهذا بعد كتابتهما بخطرها فتأمر الصراف « بنقل التكليف » (أمر عال — ١٩ جمادى الأولى سنة ١٢٨٣)

ثم ابطل العمل بهذه القاعدة عقب صدور لائحة المحاكم الشرعية المؤرخة ١٧ يونيه سنة ١٨٨٠ — راجع كتاب الأطيان والضرائب صحيفة ١٥٢

٧٣٤ — تطبيقات المحاكم — الحكم الصادر بصحة بيع من البيوع وحائز للقوة النهائية يقوم مقام العقد الأصلى اذا لم يتيسر تقديم العقد المذكور فى دعوى مرفوعة أمام المحكمة — المختلط ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ مجموعة أولى فقرة ٤٦٥٨

٧٣٥ — الخطاب المشتمل على جميع أركان البيع التام النهائى من اتفاق على البيع وعلى الثمن وتعيين للأعيان المبيعة ولمساحتها الدال على أن الثمن دفع والأرض سلمت للمشترى يكون ناقلاً للملكية بين المتعاقدين متى قبله المشترى ولو كان مشترطاً بينهما تسليم الحجة أو التقسيط (سند الملكية) الذى كان يعطى قديماً من مصلحة الروزنامة بانتقال الأطيان العشورية من يد لأخرى — استئناف مختلط ٢٦ دسمبر سنة ١٨٩٥ فقرة ٤٦٥٧ مجموعة أولى

٧٣٦ — يعتبر بيع العقار تاماً من وقت امضاء العقد وتراضى المتعاقدين واتفاقهما على المبيع والثمن واذا شرط تسليم الحجة عند دفع الثمن فهذا الشرط لا يجوز أن يكون له قيمة قانونية غير حفظ حق لا لزوم له فى دعوى طلب الفسخ — مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٩٥ سنة ٧ ص ٢٨٥ فقرة ٤٦٩١ مجموعة أولى

٧٣٧ — عقد البيع الغير المشتمل على امضاء البائع أو ختمه لا يفيد قانوناً اثبات نقل الملك ولو كان هذا العقد مسجلاً — مختلط ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ سنة ٦ ص ٥ فقرة ٤٦٤٣ مجموعة أولى

٧٣٨ — عقد البيع الصادر قبل اصدار القوانين المختلطة والمثبت لرضاء المتعاقدين

أحدهما بالبيع والثانى بالشراء ولاتفاقهما على المبيع والثمن يعتبر جامعاً لشرائط البيع التـام الصحيح — مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٨٨٨ س ١ ص ٣٤٠ فقرة ٤٦٤٠ مجموعة اولى

٧٣٩ — عدم توقيع المشترى على عقد البيع يجوز أن يقوم مقامه رضاؤه بالبيع المستفاد من تسجيله العقد الحاصل بناء على طلبهِ ومن استيلائهِ على المبيع — مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ سنة ٩ ص ٣٤٨ فقرة ٤٦٤٧ مجموعة اولى

٧٤٠ — دفع جزء عظيم من ثمن العقار وحلول المشترى محل البائع فى الدين ودفعه الاقساط المستحقة على العقار ووضع اليد عليهِ واستلام قيمة الايجار دليل قاطع على أن البيع كان تاماً بين المتعاقدين بقبول متبادل بين الطرفين — استئناف اهلى ١٥ مارس سنة ٩١١ الاستقلال ص ٢٦٦ س ٧

٧٤١ — البيع الحاصل قبل انشاء المحاكم المختلطة أمام السلطة الدينية التابع لها المتعاقدان وغير موقع عليهِ من البائع والمشترى طبقاً للعادات الجلية التى كانت جارية حينئذٍ يعتبر صحيحاً متى كان قد عقبهُ تنفيذ العقد من الطرفين و بقيت حيازة المبيع لمن تلقى الحق من المشترى — مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ س ١٤ ص ١٠١ وفقرة ٤٣٣٢ مجموعة ثانية

٧٤٢ — وليس معنى ذلك أن المأذون الشرعى هو مأمور قضائى مختص بتحرير العقود فالواقع أن اختصاصه قاصر على تحرير وثائق الزواج والطلاق وانمـا كانت العادة جارية بتكليفه بتحرير تلك العقود لقلة من يعرفون القراءة والكتابة فكأن المحكمة اعتبرت العقد انعقد بالرضاء المتبادل من الطرفين وأن المأذون من الشهود على هذا الأمر الذى دل على صحة وقوعه نفاذ العقد

ولهذا حكمت المحاكم الأهلية بعدم اعتبار العقد الصادر على يد المأذون عن بيع أطيان خراجية مشترط لصحة تملكها أن تكون بحجة شرعية (مادة ٩ من اللائحة السعيدية) لأن المأذون ليس بمأمور قضائى وليس من خصائصه اجراء العقود ولا اعطاء

حجج بها وقضت بأن مثل هذا العقد يعتبر باطلاً بطلاناً محضاً كأنهُ لم يكن فلا ينبنى عليهِ تمليك ولا سبب صحيح يؤدى الى اكتساب الملكية بوضع اليد — حكم مصر استئناف ٢٦ نوفبر سنة ١٨٩٥ القضاء ج ٣

الفرع الثالث — فى مصاريف البيع

٧٤٣ — قضت المادة ٢٤٣ أهلى (٣٠٩ مختلط) بأن رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشترى

والحكمة من ذلك ان القواعد العامة تقضى بأن تكون المصاريف على من تعود عليهِ المنفعة من صرفها . ولا نزاع فى أن للمشترى منفعة ظاهرة فى اثبات مشتراه بعقد صحيح وفى تسجيله للتمسك بهِ على الغير . ومن جهة أخرى اذا ألزم بها البائع فانها تؤدى الى انقاص الثمن بمقدارها

على أن الواقع عملاً أن المشترى كثيراً ما يراعى انقاص الثمن بقدر الرسوم التى فرضها القانون عليهِ هذا اذا لم يحاول اخفاء جانب منه فى العقد توصلاً لانقاص الرسم

غير أنهُ يلاحظ أن فى تعبير القانون غموضاً وربما كان الأولى أن يكون تعبيره بالكيفية الآتية : «مصاريف عقد البيع وغيرها من الملحقات على المشترى» ليكون مؤدى النص العربى مطابقاً للنص الفرنساوى اذ المراد بمصاريف العقد كل ما استلزمهُ انشاؤه كرسوم ضبطه وتحريره ان كان رسمياً وثمن ورق التمغة وغير ذلك مما تتقاضاه الحكومة

أما الملحقات فهى المصاريف التى تستلزمها الاجراآت المتممة للبيع كرسم تسجيل العقد ان كان المبيع عقاراً أو حقاً عينياً ومصاريف اخطار المدين فى تحويل الديون بحسب القانون المختلط ورسم الصورة التى تعطى للبائع عند الاقتضاء ان كان الثمن نسيئة أى مؤجل الدفع كله أو بعضه

٧٤٤ — أما مصاريف تخليص العين المرهونة من الرهن ومحو حق الاختصاص وغير ذلك من التسجيلات الواقعة على الأعيان المبيعة فعلاً فهى على البائع ما لم يوجد

شرط مخالف وذلك لأنهُ ضامن لسلامة العين المبيعة وخلوها من كل نزاع فيجب أن يتحمل المصاريف اللازمة لازالة ما يدعو الى رفع هذا النزاع — بودرى المطول فقرة ١٩٠ والباندكت فقرة ٩٦٤ و ٩٦٥ بيع ج ٥٩ وبلانيول فقرة ١٣٥٦ ج ٢

٧٤٥ — ويترتب على ذلك أن للمشترى خصم هذه المصاريف من الثمن أو طلب ردّها من البائع اذا كان دفعها اليهِ لأنها جزء من الثمن ومستحقة على البائع لا عليهِ هو « باندكت فقرة ٩٦٦ بيع ج ٥٩ »

٧٤٦ — وبالأخص لو كان البائع قرر أن المبيع خال من الرهن فاذا بهِ مشغول برهن عقارى واضطر المشترى لتخليص المبيع من الرهن المذكور فمصاريف هذا التخليص على البائع — باندكت ٩٨١ بيع ج ٥٩

٧٤٧ — وللمتعاقدين أن يتفقا على جعل المصاريف كلهـا على حساب البائع خلافاً لمقتضى المادة ٢٤٣ السابق ذكرها فإنها لا تنطبق الاّ عند وجود شرط مخالف. ولكن متى تبين ذلك وجب انقاص مقدار الرسوم والمصاريف من المبلغ المعين فى العقد عند تقدير الرسم الذى تتقاضاه الحكومة لوجوب احتسابه على الثمن الحقيقى فقط — « بودرى المطول فقرة ١٩١ »

٧٤٨ — واذا تسبب البائع بعمله فى صرف بعض المصاريف ألزم بها كما اذا فسخ العقد بسبب عدم قيامه بوفاء تعهداته فانهُ فى هـذه الحالة يجب إلزامه بردّ المصاريف بصفة تعويض للمشترى — بودرى المطول فقرة ١٩٢

٧٤٩ — أما مصاريف السمسرة وما اذا كانت تلزم المشترى أو البائع فالأمر مشكوك فيهِ والغالب انها تكون على المشترى ان لم يوجد نص يخالف ذلك لأنهـا تعتبر من ملحقات البيع[1] وان كان فى الواقع يؤدى منفعة مزدوجة للبائع والمشترى ولهذا فالأولى مراعاة العرف — أنظر مادة ٢٥٩ ،رشد الحيران وجرانمولان كتاب العقود فقرة (١٥٤) وتعليقها

احكام ٧٥٠ — على المشترى أن يدفع مصاريف الحجة ولو أن البائع تعهد بأن يستعمل

---

(١) لا يستحق السمسار أجراً الا اذا وقع البيع والشراء (الاستقلال عدد ٢٦ السنة ٦)

جميع الوسائط لاستخراجها من المحكمة الشرعية — استئناف مختلط ٢٥ مايو سنة ١٨٧٨ ج ٤ ص ٨٢ بوريللى مادة ٣٠٩ مختلط

٧٥١ — رسوم الايلولة وان كانت تستحق فى الأصل على البائع ولكنها تلزم المشترى اذا تبين أنهُ قبل تحملها من ضمن مصاريف العقد وملحقات البيع ولم يكن يجهل ان هذه الحقوق لم تدفع وقت البيع ولم يحفظ لنفسه الحق فى الرجوع بهـا — « مختلط ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ س ١١ ص ١١٨ فقرة ٤٣٣٤ مجموعة ثانية »

٧٥٢ — يكون مشترى العقار الذى يعلم بأن الأعيان الآيلة للبائع لا تزال باسم مورثه ويطلب نقل التكليف لاسمه ملزماً بتحمل رسم الأيلولة المثبتة للتوريث وذلك ما لم يوجد شرط مخالف — مختلط ٩ ابريل سنة ١٨٩٦ س ٨ ص ٢٢٥ فقرة ٤٧٣٣ ج مجموعة أولى

٧٥٣ — ان رسوم الايلولة تعتبر نقلاً للتكليف بالارث وتكون مستحقة على الورثة ولا تدخل فى المصاريف والرسوم الناتجة عن البيع والتى تلزم فى الأصل المشترى فاذا لم يوجد شرط صريح بخصوصها كان الملزم بها هم ورثة البائع ويجب عليهم اداؤها للمشترى اذا كان دفعهـا من طرفه — مختلط ١٨ ابريل سنة ٩٠٠ س ١٣ ص ٢٥٠ فقرة ٤٣٣٥ مجموعة ثانية

٧٥٤ — اذا دفع البائع مصاريف البيع وملحقاته عن المشترى وجب اعتبارها من ملحقات الثمن وحينئذٍ تأخذ نفس درجة الامتياز التى للثمن عند التوزيع — « باندكت فقرة ٩٨٨ بيع ج ٥٩ »

ملحوظة — سيجىء لهذا الفرع تكملة فى معرض الكلام على تسليم المبيع .



الفرع الرابع — فى أحوال البيع (صيغه)

قوانين مصرية

مادة ٢٣٨ أهلى — يجوز أن يكون البيع باتاً أو مؤجل تسليم المبيع او الثمن اوهما معاً (١) أو مقيداً بشرط

والشرط اما أن يكون موقفاً لايجاد البيع أو فاسخاً له — تطابق مادة ٣٠٤ مختلط

مادة ٢٦٩ أهلى — اذا وقع البيع معلقاً فسخه على حصول أمر معين (أى بيع بشرط فاسخ) تنتقل ملكية المبيع للمشترى من حين العقد

واذا كان البيع معلقاً على أمر ووقع فيما بعد (أى بيع بشرط موقف) يعتبر المبيع ملكاً للمشترى من تاريخ العقد

شريعة اسلامية

مادة ٢٥٤ مرشد الحيران — يصح أن يكون البيع باتا منجزا وان يكون بشرط الخيار ويجوز أن يكون خيار الشرط للبائع او للمشترى او لهما معاً

مادة ٢٥٧ مرشد الحيران — لا يصح تعليق البيع بشرط او حادثة مستقبلة ولايصح اضافته الى وقت مستقبل

مادة ٢٥٨ مرشد الحيران يصح بيع المؤجل بالمعجل فى السلم بشروطه

مادة ٣٢٧ مرشد الحيران — يصح البيع بثمن حال ومؤجل الى أجل معلوم طويلا كان أو قصيراً

قانون فرنساوى

مادة ١٥٨٤ فرنساوى — يجوز أن يكون البيع باتاً منجزاً أو مقيداً بشرط موقف او فاسخ

ويجوز كذلك ان يكون المبيع شيئين او اكثر بطريق التخيير، وفى جميع هذه الاحوال تسرى على حكم البيع القواعد العامة الخاصة بالاتفاقات

٧٥٥ — أشار القانون فى هذه المواد الى الصيغ التى يجوز التبايع بها وهى فى الواقع عبارة عن الصيغ الجائزة فى جميع التعهدات ولذلك يتبع فى شأنها جميع القواعد الخاصة بالتعهدات فما البيع الا نوع منها . وكل ما جاز فى التعهدات من صيغ مختلفة سواء علقت على شرط أو أضيفت الى أجل جاز فى البيع — عموميات

(١) يلاحظ ان فى النص العربى للمادة ٢٣٨ أهلى تصرف فى التعبير وهو قول الشارع (او مؤجل تسليم المبيع او الثمن او هما معا) ويقابله فى النص الفرنساوى قوله « أو لأجل » أى ترك التفصيل للقواعد العامة

فيصح تقييد البيع بأى شرط يشترطهُ المتعاقدان الاّ اذا كان مستحيل الوقوع أو مخالفاً للقانون أو منافياً للآداب

كما يصح اضافته لأى أجل يحددانه طال أو قصر فلهما الحرية التامة فى الاتفاق على تحديد الأجل كما يشاءان — بودرى وسينات فقرة ١٤١ ومادة ١١٧٢

والشرط إما أن يكون موقفاً أو فاسخاً (١)

فى الشرط الناسخ

٧٥٦ — فاذا كان الشرط فاسخاً ترتب على التعاقد جميع أحكام البيع فى الحال فتنتقل ملكية المبيع الى المشترى من حين العقد . ويكون هلاكه عليهِ اذا كان قد دُعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو ما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد والثمن يستحق دفعه اذا لم يكن حُدد له زمن — مواد ٢٦٩ أهلى و ٣٣٩ مختلط و ٢٩٧ أهلى

واذا تم الشرط زال الملك زوالاً يستند الى وقت العقد أى يسرى على الماضى فيعتبر المشترى كأ نهُ لم يملك المبيع مطلقاً وتسقط جميع الحقوق التى آلت منهُ الى الغير

على ان القانون المختلط قد استثنى الدائنين المرتهنين رهناً عقارياً اذا كانوا يجهلون ان الراهن لهم لا يملك الاَّ بشرط فاسخ فقضى بأن الفسخ لا يضرّ بحقوقهم « مادة ٣٤٠ مختلط »

أما البائع فيعتبر مالكاً بالنسبة للماضى والحال وأن ملكيته لم تزل مطلقاً واذا كان تصرف بأن أعطى حقوقاً عينية على المبيع للغير فى المدة التى مضت بين البيع ووقوع الشرط الفاسخ فتصرفاته صحيحة . وكذلك يعتبر الثمن أنهُ غير مستحق وان كان دفع وجب رده والحوالة الصادرة بهِ من البائع تعتبر باطلة

٧٥٧ — وقد حكم بأن الشرط الفاسخ الملحق بعقد بيع لا يوقف البيع فالعقد يعتبر فى الأصل منجزاً ويجب أن ينفذ مفعوله ولكنهُ يفسخ اذا تم الشرط « مختلط ٢٢ نوفبر سنة ١٨٨٨ ص ٣٠٦ فقرة ٤٦٨٦ مجموعة أولى »

---

(١) لما كان المقصود بالشرط هى الحادثة المستقبلة الغير المحققة فلا يعد شرطاً حفظ المشترى لنفسه الحق فى تحقيق مساحة العقار ومستندات الملك وخلو العقار من الرهن فهذه المسائل هى من المسائل المحققة فى ذاتها وقت البيع ولو كان مشكوكا فيهـا عند المشترى (مختلط اول مايو سنة ١٩٠٧ سنة ١٩ ص ٢٣٢ فقرة ٤٣٥٨ مجموعة ثانية)

٧٥٨ — وبأن الشرط الوارد فى عقد البيع المتضمن تعليق تسليم الحجة على دفع الثمن يعد شرطاً فاسخاً لا شرطاً موقفاً للبيع فاذا لم يطلب البائع الفسخ فهو تام وصحيح قبل المتعاقدين وغيرهما — مختلط ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ سنة ٧ ص ٦٦ فقرة ٤٦٨٩ مجموعة اولى

٧٥٩ — اذا ذكر فى عقد بيع بأنهُ ليس للمشترى أن يتنازل أو يهب أو يرهن المبيع لحين اداء جميع الثمن بغير اذن البائع والاّ استحق الباقى من الثمن كان هذا الشرط شرطاً فاسخاً لا شرطاً موقفاً للبيع. وعلى ذلك يكون المشترى مالكاً للمبيع من وقت التعاقد

ويجوز له بناءً على كونهِ مالكاً أن يرهن المبيع ويكون المرتهن معرضاً لتحمل النتائج المترتبة على الفسخ لعدم اداء باقى الثمن. ومن كان ضامناً فى هذه الحالة اداء الثمن فلاحق له الاّ فى مقاضاة المشترى بالنسبة للضرر الذى يلحقهُ ولايجوز له مقاضاة الدائن المرتهن لبطلان الرهن حيث لا ارتباط بينهما قانوناً — ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ س ١٤ ص ٣١ فقرة ٤٣٥٥ مجموعة ثانية

٧٦٠ — اذا باع المشترى بشرط فاسخ جزءاً مشاعاً من المبيع فبيعه يكون معلقاً على نفس الشرط

ولأجل أن يصح للمشترى الأول أن يتمسك قبل المشترى منهُ بعدم الوفاء بتعهداته ينبغى أن يثبت أنهُ كلفهُ بالقيام بها تكليفاً رسمياً ولكن المشترى منهُ لم يذعن. فاذا لم يكن فعل ذلك فلا يجوز له اعتبار البيع مفسوخاً ولا أن يطلب من المحكمة الحكم بهِ « مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ س ٢٠ ص ١٤٥ فقرة ٤٣٥٩ مجموعة ثانية »

٧٦١ — الشرط الذى بمقتضاه تعهد البائع بتحرير عقد رسمى بالبيع متى طلب المشترى منهُ ذلك سواء كان تحريره باسم المشترى أو باسم شخص آخر يعينهُ لا ارتباط له بمسألة اتمام البيع وكذلك الشرط الذى تعهد البائع بمقتضاه باثبات امتلاكه للمبيع ملكاً حرّاً

فعدم تنفيذ هذه التعهدات أو تنفيذها تنفيذاً ناقصاً أو متأخراً لا يبيح طلب

فسخ العقد اذا لم يكن مشترطاً صراحة فسخه عند عدم القيام بها — مختلط ٩ مايو سنة ١٨٩٥ س ٧ ص ٢٦٨ فقرة ٤٦٩٠ مجموعة اولى

في الشرط الموقف

٧٦٢ — أما اذا كان الشرط موقفاً فانهُ يوقف انعقاد البيع وعلى ذلك لا تنتقل الملكية ما دام الشرط لم يتم بل تبقى للبائع ويكون هلاك الشيء عليـهِ والثمن غير مستحق الاداء

٧٦٣ — يعتبر بيعاً بشرط موقف العقد الذى بمقتضاه بيع عقار وشرط فيهِ ان الملكية لا تنتقل للمشترى الاّ اذا لم يسدد له البائع فى ميعاد معين ديناً مقرًّا بهِ ولا يعد بيع وفاء فان هذا الشرط صحيح وجائز قانوناً ما لم يتبين انهُ أريد بهِ مخالفة القانون لاخفاء عمل مغاير ممنوع قانوناً — مختلط اول ديسمبر سنة ١٨٩٧ س ١٠ ص ٢٦ فقرة ٤٦٩٣ مجموعة أولى

٧٦٤ — اذا شرط فى عقد بيع أن تسجيله معلق على اداء الثمن فهذا الشرط لا يعد شرطاً موقفاً للبيع . وهذا الشرط وان كان يترتب عليهِ خطر نزع الملك من المشترى فيما بعد ولكنهُ لا يمنع اعتبار العقد تاماً بحسب القواعد العامة ما دام حصل اتفاق على المبيع والثمن ولا يوجد شرط مخالف لذلك — مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ س ١٥ ص ١١٩ فقرة ٤٣٥٧ مجموعة ثانية

٧٦٥ — فاذا تمَّ الشرط سرى مفعوله من تاريخ الاتفاق واعتبر نقل الملكية حاصلاً من ذلك التاريخ — مادة ٢٦٩ فقرة ٢ أهلى و ٣٣٩ مختلط

وعلى ذلك يعتبر البائع كأنهُ لم يملك وان ملكيته زالت من تاريخ العقد وانتقلت الى المشترى و بطلت التصرفات الصادرة منه

على أن القانون المختلط قد استثنى من ذلك الدائنين المرتهنين فقضى بأنه لا يترتب على ذلك الاضرار بحقوقهم اذا كانوا يجهلون وقت التعاقد ان الراهن يملك بشرط قد يتحقق أو لا يتحقق — مادة ٣٤٠ مختلط

واذا كان المشترى تصرف قبل وقوع الشرط فتصرفه صحيح والثمن يستحق اذن من تاريخ التعاقد

٧٦٦ — ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

١ — أن للمشترى اتخاذ الاجراآت التحفظية لصيانة حقــهِ ويجوز له أن يتصرف فيهِ تصرفاً معلقاً على نفس الشرط

واذا كان المبيع عقاراً جاز تسجيل عقد البيع بغير انتظار لوقوع الشرط فان ذلك يكون فى مصلحة المشترى اذا أراد التمسك بحقوقه قِبل الغير الذى يكون اكتسب حقوقاً عينية من البائع على المبيع قَبل وقوع الشرط

٢ — بما ان الثمن يعتبر مستحقاً من تاريخ العقد فيجوز للبائع أن يحيله للغير قَبل وقوع الشرط

٣ — هلاك الشيء المبيع يكون على البائع دائماً لحين وقوع الشرط واجراء التسليم وذلك لأنهُ لا يتأتى أن يكون الهلاك على المشترى وهو لن يستلم المبيع الاّ من تاريخ وقوع الشرط والمادة ٢٩٧ اهلى تقضى بفسخ البيع اذا هلك المبيع قبــل التسليم فالواجب مراعاة نصها لأنه حكم عام فالهلاك تابع للتسليم ووقوع الشرط لا يقوم مقامه — أنظر دوهلس فقرة ١٢٦ ج ٤ بيع

٧٦٧ — يرى مما تقدم ان مفعول الشرط فى عقد البيع من شأنهِ جعل الملكية غير محققة فطالما ان الشرط معلق ولا يعرف أيقع أم لا يقع فلا يتيسر معرفة أى المتعاقدين مالك البائع أم المشترى فان أحدهما يكون مالكاً بشرط موقف والآخر مالكاً بشرط فاسخ ويترتب على وقوع الشرط أو عدم وقوعه تأييد حق أحدهما وازالة حق الآخر — بودرى وسينات فقرة ١٤٢ ص ١٤٤ بيع

٧٦٨ — أما اذا كان البيع لأجل فتنتقل الملكية للمشترى ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً فى عقد البيع لأجل معلوم — مادة ٢٦٧ أهلى و ٣٣٧ مختلط فى البيع لأجل

وللبائع تسليم المبيع قبل حلول الأجل الاّ اذا كان العقد يمنع ذلك . وذلك لأن الأجل فى مصلحتهِ فله أن يتنازل عنهُ — مادة ١٠١ أهلى و ١٥٥ مختلط

ولا يجوز إلزامه بتسليمه قبل الأجل المعين الاّ اذا أفلس أو فعل ما يوجب

ضعف التأمينات التي يكون أعطاها — مادة ٢٦٧ و ١٠٢ أهلى — ٣٣٧و١٥٦ مختلط

وكذلك الحال بالنسبة للمشترى الذى يكون تعين أجل لدفع الثمن له فاذا صار فى حالة اعسار يترتب عليهِ ضياع الثمن جاز للبائع حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليهِ لدفع الثمن فيهِ الاّ اذا أعطاه المشترى كفيلاً

تنبيه — لهذا المبحث زيادة تفصيل فى الفصل الخاص بأحكام البيع

الفرع الخامس

فى البيع بالوزن أو العدد أو الكيل والبيع جزافاً

قوانين مصرية

مادة ٢٣٩ أهلى — يجوز أن يكون البيع جزافاً أو بالكيل أو بالقياس أو على شرط التجربة ٠

٣٠٥ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٤٠ أهلى — اذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقاس

٣٠٦ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٤١ أهلى — أما اذا كان البيع ليس جزافاً بل كان بالوزن أو العدد أو بالكيل أو المقاس فلا يعتبر البيع تاماًبمعنى أنه يبقى المبيع فى ضمان البائع الى أن يوزن أو يكال أو يعد أو يقاس ٠

شريعة اسلامية

مادة ٣٠٩ مرشد الحيران — كما يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات كيلا ووزناً وعدداً وذرعاً بشروطه يصح بيعها جزافاًبشرط أن يكون المبيع مميزاً أو مشاراً اليه

مادة ٣١٠ منه — اذا بيعت المكيلات والموزونات التى ليس فى تبعيضها ضرروالعدديات جزافاً جاز للمشترى التصرف فيها قبل كيلها ووزنها وعددها ٠ وان بيعت بشرط الكيل والوزن والعد فليس للمشترى التصرف فيهاحتى يقبضها ولا يعد قابضاً لها حتى تكال وتوزن وتعد

مادة ٣١١ منه — اذا بيعت المذروعات والموزونات التى فى تبعيضها ضرر جزافاً أو بشرط الذرع والعد وقد سمى الثمن جملة جاز للمشترى التصرف فيها قبل ذرعها ووزنها وان كان سمى لكل ذراع أو رطل ثمناً لا يجوز له التصرف فيها قبل الذرع والوزن

مادة ٣١٢ منه — يصح بيع المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات مفردة ويصح بيع مقدار معين منها صفقة واحدة مع بيان ثمن كل فرد منها على حدته أو بيان ثمنها جملة

قانون فرنساوى

٣٠٧ مختلط — مطابقة لها

مادة ١٥٨٥ منه — اذا لم يكن بيع البضاعة جزافاً بل كان بشرط الوزن والعدّ والكيل فلا يعتبر البيع تاماً بمعنى أن المبيع يبقى فى ضمان البائع الى أن يوزن أو يعدّ أو يكال . وفى حالة عدم الوفاء بالتعهد يجوز للمشترى أن يطلب اما استلام المبيع أو التعويضات اذا دعت الحال

مادة ١٥٨١ منه — أما اذا بيعت البضاعة جزافاً فيعتبر البيع تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدّ ولا كيل .

٧٦٩ — من أنواع البيوع التى تقع كثيراً البيع جزافاً [1] والبيع بالكيل أو الوزن أو العدد أو القياس

وقد أجاز ذلك القانون فى مادة ٢٣٩ أهلى (٣٠٥ مختلط) . وهذه البيوع تكون فى الأشياء التى تقدر بالكمية

شريعة اسلامية

٧٧٠ — وحكمها فى الشريعة الإسلامية انها صحيحة (٣٠٩ مرشد) . ولكن الشرعيين فرقوا بين هذين النوعين من جهة التصرف فى المبيع — انظر نص مادة ٣١٠ مرشد الحيران

وعلتهم فى ذلك أن الوزن والكيل والعدد من تمام القبض . فاذا باع المشترى المبيع قبل كيله أو وزنه عد البيع كأنهُ بيع قبل القبض . وبيع المنقول قبل قبضه أو تمام قبضه لا يصح كما أنهُ يحتمل أن يزيد المبيع على المشروط والزيادة فى المقدرات « للبائع » لا للمشترى والتصرف فيها تصرف فى مال الغير وهو حرام شرعاً

أما فى حالة البيع جزافاً فالزيادة «للمشترى» فاذا وجد المبيع اكثر من كيل البائع كأن ابتاع صبرة على ظن أنها عشرة أرادب فظهرت خمسة عشر أردباً كانت الخمسة الزائدة للمشترى وحينئذٍ يجوز له التصرف قبل الكيل والوزن والعدد ولأن الملك فى المجازفة لا يتوقف على الكيل — زيلعى ص ٨١ ج ٤ وابن عابدين ج ٤ ص ١٧٣

---

(١) المجازفة لغة الحدس (أى الظن والتخمين) فى البيع والشراء وحاصله عند الشرعيين انه البيع والشراء بلا كيل ولا وزن (ابن عابدين ج ٤ ص ٢٨)

قانون فرنساوى

٧٧١ — جعل القانون الفرق بين هذه البيوع من جهة الهلاك لأنهُ نقل احكامها كما يقول الشراح الفرنساويون عن العالم (بوتيه) [1] وفى عهده لم يكن البيع ناقلاً للملك كما هى الحال الآن فلم يكن من محل للبحث فيما اذا كانت الملكية تنتقل فى البيع الجزاف والبيع بشرط الوزن والكيل أو لا تنتقل أما والبيع الآن ناقل للملك بمجرد التعاقد فقد بحث الشراح فى ذلك وقرروا بأن الملك ينتقل فى البيع الجزاف بمجرد التعاقد ولا ينتقل فى البيع بالكيل والوزن والعدد الاّ اذا حصل ذلك

القانون المصرى

٧٧٢ — نقل القانون المصرى حكم هذه المواد عن القانون الفرنساوى نقلاً حرفياً وفاتهُ أن يراعى التوفيق بينها و بين ما أدخلهُ من مبادئ الشريعة الإسلامية على أحكام البيع وخصوصاً فى أحوال الهلاك فناقض نفسه بنفسه حيث جرى هنا على مبدأ القانون الفرنساوى من أن الهلاك على المالك وهو المشترى من وقت التعاقد فى البيع الجزاف مع ان المادة ٢٩٧ أهلى (٣٧١ مختلط) لا تجعـله على المشترى الاّ من وقت التسليم حقيقة أو حكماً كأن دعى المشترى لاستلامه بورقة رسمية أو ما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد سواء كان المبيع معيناً أو غير معين لأن التعيين لا يقوم مقام التسليم — دوهلس نمرة ١٢٣ بيع ج ٤

وسواء كان البيع تاماً أو غير تام لأن تمام العقد فى البيع العادى لا يجعل الهلاك على المشترى الاّ من وقت التسليم

فكان من الأوفق أن يقرر الفرق بين هذين النوعين من جهة الملك ولكنهُ لم يفعل

ولما كان التمييز بين البيعين مهماً لاختلاف الأحكام المترتبة على كل منهما وجب الشروع أولاً فى تعريفهما

فى تعريف البيع الجزاف

٧٧٣ — البيع جزافاً هو البيع الذى لا يحتاج الحال معـهُ الى وزن أو عدّ أو كيل لتعيين المبيع أو الثمن . مثال ذلك بيع جميع القمح الموجود بمخزن البائع أو

---

(١) *Pothier*

كل الغنم الموجودة بحظيرته بمبلغ مائتى جنيه فهذا البيع تام بمجرّد التعاقد لأنهُ تمَّ الاتفاق بين المتعاقدين على المبيع وهو شيء معين معلوم وعلى الثمن المسمى جملة وعلى ذلك تنتقل الملكية فى الحال ويكون الهلاك بحسب نص المادتين ٢٤٠و٢٤١ على المشترى — قارن بودرى وسينات فقرة ١٤٦

٧٧٤ — وحكم تطبيقاً لذلك بأن بيع جميع محصول الفلين الناتج من غابة مملوكة للبائع بثمن مقدر يعدّ بيعاً جزافاً ويكون تاماً ولو لم يحصل عدّ ولا وزن ولا مقاس حيث لاحاجة لاجراء ذلك لأن المبيع معين اذ هو وارد على بيع جميع الفلين الناتج من غابة موجودة بأرض معينة فى العقد والثمن كذلك مقدر فى العقد — تعليقات داللوز فقرتا ٦ و ٧ مادة ١٥٨٥ فرنساوى

٧٧٥ — يعد كذلك بيع جزاف البيع الذى يحصل جملة واحدة بثمن مسمى كذلك ويذكر فيهِ القدر الذى يظن أنه يحتوى عليهِ

وبالأخص يُعدّ بيعاً جزافاً بيع برميل ذو وزن معلوم بثمن معلوم كبرميل وزنه ١٠٠٠ كيلو بمبلغ ١٠٠٠ قرش وعلى ذلك يعتبر البيع تاماً بغير وزن — داللوز فقرة٩ مادة ١٥٨٥ ف

٧٧٦ — وكذلك بيع صبرة قمح فى مخزن معين ومعين كميتها ومقدارها فان بيان الكمية فى هذه الحالة هو من قبيل التأكيد (لا التأسيس) وكل ما يترتب على هذا البيان ان البائع يجبر إن وجد عجز فى المبيع على أن يكمل ما نقص أو يخصم منهُ ثمنهُ لأن المشترى اشترى بمراعاة القدر المبين . ويعد بيع جزاف لأن المبيع والثمن مقدران ومعلومان فالبيع يتم بمجرد التعاقد — بودرى وسينات فقرة ١٥٣

٧٧٧ — أما اذا وجد فى المبيع زيادة فلا يكون للبائع حق فى زيادة الثمن بنسبتها « تعليقات داللوز فقرة ١٢ مادة ١٥٨٥ »

ويعللون ذلك بأن البائع كان من الواجب عليهِ ان يعرف مقدار ما باع فاذا جهل قدره فهو مهمل ولا عذر له — باندكت فقرة ١٠٣٧ ج ٥٩ بيع

قارن فى ذلك رأى الشرعيين لأنهم يقولون بأن الزيادة للمشترى

٧٧٨ — يعد كذلك بيع جزاف بيع نصيب معين من البضاعة الموجودة فى أحد المخازن كنصفها أو ربعها أو ثلثها بثمن مقدر بالجملة . مثال ذلك بيع نصف القمح الموجود فى مخزن البائع بخمسمائة جنيه . فالبيع بمجرد عقده يعتبر تاماً والملكية تنتقل للمشترى الذى يعد شريكا لصاحب القمح واذا تلف القمح فيتلف عليه بنسبة حصته — بودرى وسينات فقرة ١٥٣ ودالوز فقرتا ١٥ و ١٦ مادة ١٥٨٥ ف

قانون ايطاليا

٧٧٩ — نصت المادة ١٤٥١ من القانون الايطالى على أن البيع يعتبر جزافاً اذا كانت الأشياء المبيعة بيعت بثمن واحد معلوم بغير مراعاة للوزن أو العدد أو الكيل أو بمراعاة ذلك ولكن بقصد تقدير كمية الثمن فقط

فى تعريف البيع بالوزن أو الكيل أو العدد أو القياس

٧٨٠ — يعتبر البيع بالوزن أو الكيل أو العدد أو القياس إذا كان من اللازم وزنه أو عدّه أو مقاسه لتعيين المبيع أو لتقدير الثمن فمن المعلوم أن الوزن أو العدّ أو الكيل قد يشترط :

١ — إما لمعرفة المبيع

٢ — وإما لتقدير الثمن

ولنتكلم على كل حالة منهما على انفرادها

فى أشتراط الكيل أو الوزن لتعيين المبيع

٧٨١ — الحالة الأولى — اذا اشترط الوزن أو الكيل أو العدد لتعيين «المبيع» فقد أجمع الشراح على أنه بيع بهذا الشرط . مثال ذلك بيع عشرة قناطير من الفحم الموجود بمخزن البائع بسعر القنطار عشرة قروش فالثمن معلوم وهو ١٠٠ قرش ولكن يلزم وزن الفحم لتعيين المقدار المبيع لأنه بعض من كل وكذلك بيع عشرين أردباً من القمح بسعر الأردب جنيهاً فمن الواجب كيله وقبل الكيل لا يعد البيع تاما

٧٨٢ — وكذلك يعد البيع بالوزن أو الكيل أو العدد اذا كان المبيع تعين بجنسه فقط كقدر معين من بالات القطن أو براميل زيت من صنف معين أو وارد جهة معينة. « تعليقات دالوز فقرة ١٨ مادة ١٥٨٥ ف »

٧٨٣ — أو كان البيع وارداً على قدر معلوم من الكيل أو الوزن أو العـدد

ليؤخذ من كمية أكبر موجودة فى مكان معين كشراء مائة أردب من القمح الموجود فى مخزن معين أو مائة برميل زيت من حمولة مركب معينة — تعليقات داللوز فقرة ١٩ مادة ١٥٨٥ ف

٧٨٤ — وحكم بأنهُ اذا بيعت أشجار غابة بالعدد فلا يعتبر البيع تاماً اذا حصل العدد بوجه التقريب ولم يتفق المتعاقدان على عدد الأشجار المبيعة — محكمة نانسى ٣ اغسطس سنة ١٨٧٢ تعليقات داللوز فقرة ٢٠ مادة ١٥٨٥ ف

٧٨٥ — وبأن البيع يعد بيعاً بالكيل ولو ذكر الثمن فى العقد جملة واحدة كما اذا بيع عشرة أرادب قمح بمبلغ عشرة جنيهات فان الثمن هنا يعتبر أنهُ مجموع ثمن المقدار المبيع — تعليقات داللوز فقرة ٢١ على نفس المادة

٧٨٦ — البيع المبين بهِ مقدار الفدادين المبيعة والثمن باعتبار الفدان الواحد هو بيع بالمقاس وليس بيعاً بالجزاف . والرقم الوارد بهِ جملة الثمن ليس الاّ نتيجة عملية ضرب ثمن الفدان الواحد فى مقدار الأطيان المشتراة وكلمة تقريباً التى تذكر فى مثل هذه الحالة لبيان مقدار الفدادين المبيعة تجيز أن يكون العجز بعض قراريط أو فداناً على الأكثر لكن لا تجيز أن يكون العجز عدة فدادين — ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ س ١٦ ص ٣٠ فقرة ٤٤٣٢ مجموعة ثانية

٧٨٧ — وبيع العقار يعد بيع جزاف اذا كان وارداً على شيء مقدر ويلزم الرجوع الى وقت العقد لمعرفة ما اذا كان للبيع هذه الصفة أو ليست له

وعلى ذلك اذا لم يكن المبيع معيناً بل كان عبارة عن مقدار من الفدادين تؤخذ من مساحة أكبر من أطيان البائع فالبيع ليس بيعاً بالجزاف ولو حصل بعد ذلك مقاس لبيان المقدار المبيع — ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ س ١٧ ص ١١٩ فقرة ٤٤٣٣ مجموعة ثانية

٧٨٨ — الحالة الثانية — أما اذا اشترط الوزن أو الكيل أو العدد أو القياس لتقدير الثمن وليس لتعيين المبيع فقد تضاربت الآراء . مثال ذلك بيع جميع القمح أو القطن الموجود فى مخزن بدون بيان لقدره بثمن مقــدر باعتبار آحاده أى بسعر

فى اشتراط الكيل أو الوزن لتقدير الثمن

الأردب الواحد جنيهاً أو بسعر القنطار الواحد أربعة جنيهات

فالمبيع هنا معين بدون حاجة للوزن وهو جميع القمح أو القطن الموجود فى المخزن ولكن ما هو مقدار ثمنه . يجب لمعرفة ذلك اجراء الوزن

الرأى الأول

٧٨٩ — يرى بعضهم أن البيع بهذه المثابة بيع مجازفة تنطبق عليه أحكام المادة ٢٤٠ بمعنى أنه يكون تاماً والملكية تنتقل فى الحال للمشترى كحالة تعيين الثمن جملة واحدة « ومن أصحاب هذا الرأى أوبرى ورو وجوبلوار وتؤيدهم بعض أحكام المحاكم فى فرنسا »

٧٩٠ — وعلى هذا الاعتبار حكم بأن بيع جميع البضاعة الموجودة بمكان معين محدود بمعنى أنها تكون مميزة هو بيع جزاف تنتقل فيه الملكية للمشترى ولو أنه من الواجب إجراء الوزن أو العدّ أو الكيل فيما بعد لتقدير الثمن الذى بُين بنسبة وِحدته « تعليقات دالوز فقرة ٢٤ مادة ١٥٨٥ »

٧٩١ — وكذلك بيع البضاعة الموجودة بمخزن البائع ولو اشترط بقاؤها مودعة به وعدم وزنها أو كيلها أو عددها الاّ عند اخراجها منه — تعليقات دالوز فقرة ٢٥ و ٢٦ منه

٧٩٢ — وان البيع تام من وقت التعاقد ووضع المشترى علامته على الصناديق المحفوظة بها البضائع — فقرة ٢٧ تعليقات دالوز

٧٩٣ — ففى الأحوال السابقة يكون هلاك المبيع على المشترى من وقت البيع الى وقت التسليم جرياً على نظرية « القانون الفرنساوى » . فاذا عدم أو أصابه تلف فكل ذلك على حساب المشترى

الرأى الثانى

٧٩٤ — ويرى آخرون أن تقدير الثمن لازم لاتمام العقد كلزوم تعيين المبيع . فبيع بضاعة معينة بمكان معين بسعر مقدر بنسبة الوحدة ولكن قدر البضاعة وزناً أو عدداً أو كيلاً غير معلوم هو بيع بالكيل أو الوزن أو العدد لان الثمن لا يمكن تقديره الاّ بوزن البضاعة أو كيلها أو عدّها . ويرتكنون على نص المادة لأنه عام فالقانون لم يبين ما اذا كان غرضه من الوزن أو العدّ تعيين المبيع أو تقدير الثمن

وهناك فرق بين بيع جميع القمح الموجود بمخزن معين وبثمن مسمى جملة واحدة

(مائتى جنيه) وبين بيعه بسعر الأردب الواحد (جنيهاً مثلاً) فانه لا نزاع أن البيع فى الحالة الأولى بيع جزاف ولكن فى الحالة الثانية يلزم اجراء كيل القمح لتقدير ثمنه . فما لم يحصل الكيل فالبيع ينقصه أحد عناصره وعلى ذلك لا يعد تاماً . ولهذا قرر القانون أنه اذا هلك المبيع فيهلك على البائع وهذا يتمشى مع قصد المتبايعين . أما العكس فيؤدى لجعل الهلاك على المشترى من وقت التعاقد وقبل أن يعلم ما يجب عليه اداؤه من الثمن للبائع فاذا هلك المبيع فليس فى الامكان تقديره (ومن أصحابه بودرى وسينات وبوتيه وماركاديه ولوران وليون كان وغيرهم ويؤيدهم أحكام بعض المحاكم)

٧٩٥ — فيدخل فى ذلك بيع حطب القطن المقدر بالحمل وباعتبار سعر الحمل الواحد — تعليقات داللوز فقرة ٣٣ نفس المادة

٧٩٦ — وبيع الزارع البنجر الناتج من زراعته الى صاحب معمل سكر بسعر متفق عليه باعتبار الألف كيلو وأنه يقدر بعد الوزن الذى يحصل بحسب درجة كثافته ويخصم منه التالف — شرحه فقرة ٣٤

٧٩٧ — واتفاق المالك على توريد محصول زراعة أرضه مدة معينة بثمن يقدر بحسب سعر السوق وبحسب الوزن الذى يحصل وقت التسليم — شرحه فقرة ٣٥

الرأى الثالث

٧٩٨ — يرى آخرون أنه يجب النظر فى هذه الحالة لقصد المتعاقدين لمعرفة ما اذا كان البيع يعد جزافاً أو بيعاً بالكيل أو الوزن أو العدد لأن مرجع المسألة ليس للقانون بل لقصد البائع والمشترى . فاذا تبين من قصدهما أن الوزن أو العدد أو الكيل لا تأثير له على مقدار الثمن وكان البائع غير ملزم بتكميل ما ينقص من الوزن أو الكيل كان البيع جزافاً ولو نص فى العقد على الوزن والكيل وهذا هو رأى العالم دوفرجيه وهو رأى لم يؤخذ به لاطلاقه بلا حد — تعليقات داللوز فقرة ٣٧ وما بعدها

فيما يترتب على البيع جزافاً او بالكيل او الوزن

٧٩٩ — والقانون وان فرق بين البيعين من جهة الضمان ولكن البيع فى الحالتين تام فى أحكامه بمعنى أنه منتج لجميع الالتزامات المترتبة على كل بيع وكل عاقد ملزم بتنفيذ تعهده فللمشترى أن يطلب استلام المبيع وله الحق فى التعويض اذا لم يقم البائع

بتنفيذ تعهده عملاً بقواعد التعهدات العامة . وللبائع أن يطلب من المشترى الاستلام ويطالبه بالثمن بكافة الطرق ويجبره على اجراء الوزن أو العدد أو الكيل . أما الفرق الذى أورده القانون فمؤداه أن المبيع يهلك على البائع فى حالة البيع بالوزن أو الكيل طالما أن الوزن أو الكيل لم يحصل . أما فى حالة البيع جزافاً فالهلاك على المشترى بمجرد التعاقد — بودرى وسينات فقرة ١٤٥ والباندكت فقرة ١٠٣٤ ج ٥٩ بيع

فى نقل الملك

٨٠٠ — ولكن هل ينتقل الملك فى البيعين بمجرد التعاقد أو لا ينتقل . تلك مسألة مهمة من حيث النتائج المترتبة عليها وان كان القانون أغفل الاشارة اليها

٨٠١ — اما اذا كان البيع جزافاً فقد صرح القانون بأنه بيع تام ولو لم يحصل وزن أو عدد أو كيل أو مقاس . وعلى ذلك ينتج مفعوله فى الحال وتترتب عليه جميع الأحكام فينتقل الملك للمشترى بمجرد التعاقد ولو لم يحصل الوزن أو العدد الخ

٨٠٢ — وعلى ذلك لا يجوز لدائن البائع أن يحجز على المبيع بعد بيعه وقبل وزنه لأن الملكية انتقلت للمشترى واذا حصل فيكون لاغياً لوقوع الحجز على ملك الغير — تعليقات داللوز فقرة ٧ مادة ١٥٨٦

٨٠٣ — أما اذا كان البيع بالوزن او الكيل او العدد فقد اختلفت الآراء

٨٠٤ — قال فريق ان الملك ينتقل للمشترى بمجرد التعاقد ولو أن الهلاك على البائع إذ لا علاقة لمسألة الملك بمسألة الهلاك الذى جعله القانون على البائع بنص صريح فى القانون . يشير أصحاب هذا الرأى الى قاعدة القانون الفرنساوى بأن الهلاك على المالك فهى تفيد ضمناً أن الملك لم ينتقل للمشترى لأنه لو كان انتقل لجعل الهلاك عليه . ومن أصحاب هذا الرأى دوفرجيه وكوليه دى سانتير ولوران وليون كان — « راجع فقرة ٥٧ تعليقات داللوز مادة ١٥٨٥ »

٨٠٥ — ويترتب على هذا الرأى أنه لو أفلس البائع قبل اجراء الوزن أو الكيل أو العدد فللمشترى أن يطلب استرداد المبيع واجراء الوزن والكيل والعدد لامكان استلامه حيث أصبح مالكاً وبهذه الصفة لا يعد مجرد دائن بسيط

٨٠٦ — وقال فريق آخر — وهم غالب المؤلفين يؤيدهم قضاء المحاكم — ان الملك لا ينتقل من البائع للمشترى الاّ بعد الوزن والكيل والعدد لأنه ما دام الوزن لم يحصل فالثمن لا يعلم ويكون البيع فاقداً أحد أركانه (ومن أصحاب هذا الرأى بودرى وجويلوار وماركاديه وغيرهم)

٨٠٧ — وقد حكم بناء على هذا الرأى بأن الملك لا ينتقل الاّ بعد الوزن أو الكيل بحضور المشترى أو تسليم البضاعة لأمين النقل الذى يعتبر نائباً عن المشترى — « تعليقات داللوز فقرة ٦٢ مادة ١٠٨٥ »

٨٠٨ — وكل ما ينشأ عن العقد هو أنه يجوز للمشترى اجبار البائع على التسليم وكلما استلم جانباً من البضاعة انتقل ملكه اليه

وانه اذا أفلس البائع قبل تسليم البضاعة فتعتبر جزءاً من أمواله — فقرة ٦٩ داللوز مادة ١٠٨٥

٨٠٩ — على أن أصحاب هذا الرأى يقولون بأن هذه القاعدة ليست من قواعد النظام العام وللمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها فاذا اشترطوا أن الملك ينتقل بمجرد التعاقد فى البيع بالوزن او الكيل او العدّ فاتفاقهم صحيح وجائز قانوناً — فقرة ٧١ تعليقات داللوز مادة ١٠٨٥

فى الفرق بين البيعين من جهة الهلاك

٨١٠ — أما فى حالة البيع بالكيل أو الوزن او العدد فالقانون صريح فى أن الهلاك على البائع ما لم يحصل وزن او كيل او عدد

٨١١ — وتطبيقاً لذلك حكم بأنه اذا أصبح المبيع بهذه الكيفية قبل الوزن غير صالح للاستعمال المعدّ له او بُدد او انعدم فالعقد واجب الفسخ — تعليقات داللوز فقرة ٤٣ مادة ١٠٨٥

٨١٢ — أو أصيب بحادثة قهرية فنتائج ذلك على البائع — محكمة اميان ١٣ أغسطس سنة ١٨٩١ — شرحه فقرة ٤٦

٨١٣ — واذا كان البيع بالمقاس وارداً على شىء كلف البائع بصنعه فضمانه عليه الى أن يقاس . وعلى ذلك اذا تغيرت البضاعة او نقصت قيمتها قبل مقاسها فللمشترى الحق فى طلب تنقيص الثمن حتى ولو كان العيب الذى استوجب نقص القيمة مجهولاً

من المتعاقدين وأياً كان الوقت الذى حدث فيه هذا العيب — محكمة أورليان ١١ أغسطس سنة ١٨٨٠ شرحه فقرة ٤٧

٨١٤ — والبائع يكون ضامناً للتلف ولو كان المشترى ملتزماً بنقل البضاعة من زراعة البائع الى محل صناعته

وانما اذا كان التلف ناشئاً من تقصير المشترى كأن حدّد ميعاد لنقل زراعة بنجر بين المتعاقدين فلم ينقل المشترى البنجر الاّ بعد الميعاد المحدَّد فتسبب من ذلك اصابته فالضمان على المشترى — تعليقات دالوز فقرة ٥٠

٨١٥ — من المعلوم أنه فى حالة الهلاك لا يخلو الحال اما أن يكون الذى هلك هو الكل أو البعض

هلاك البعض ٨١٦ — فان كان الذى هلك هو البعض كبيع عشرة أرادب قمح من مخزن البائع بسعر الاردب جنيهاً وجب على البائع أن يسلم المشترى عشرة أرادب مما بقى فى المخزن . واذا كان باع جميع القمح الذى فى مخزنه بسعر الاردب الواحد جنيهاً فعلى رأى من يراه بيعاً بالكيل لا يستلم البائع من المشترى الاَّ ثمن ما بقى من القمح بعد الذى تلف

هلاك الكل ٨١٧ — أما إن هلك الكل كأن باع عشرة أرادب قمح من مخزنه فتلف جميع القمح اختلفت الآراء :

قال مسيو بودرى ان حالة هلاك الكل كحالة هلاك البعض أى تكون على البائع لأن المادة لم تفرق بين الأمرين بل جاء نصها عاماً وكل تفرقة تحكم — فقرة ١٤٩ من كتاب البيع

٨١٨ — الاَّ أنه فى هذه الحالة لا يجبر البائع على أن يسلم عشرة أرادب غيرها لأنه تعهد بأن يبيع العشرة أرادب من القمح الموجود فى مخزنه وقد هلك بأ كمله فلا يمكنه تسليمه . وهذا هو الفارق بين البيع بهذه الكيفية و بيع الشيء بجنسه[1] كبيع عشرة أرادب قمح بمبلغ عشرة جنيهات فالبيع وارد على شيء معين بجنسه فقط فاذا

---

(١) *Vente du genre*

كان البائع أعدَّ قمحاً للتسليم فهلك قبل حصوله وجب عليه احضار غيره لأنه لا يزال مديناً ملزماً بتنفيذ تعهده

٨١٩ — ويرى بعض المؤلفين غير ذلك ومبنى رأيهم أن البائع يبرأ من تعهده فلا يلزم بتسليم المبيع أما المشترى فيجبر على دفع الثمن وحجته فى ذلك أن البيع ليس وارداً على بيع شيء بجنسه فقط بل على جنس معين وهو القمح الموجود فى مخزن البائع وقد هلك — الباندكت فقرة ١٠٤٥ ج ٥٩ بيع

ولكن الرأى الأول أكثر مطابقة لنص القانون

٨٢٠ — للمتعاقدين أن يتفقا على أن الهلاك يكون على المشترى ولو لم يحصل وزن أو كيل أو عدد أو مقاس — تعليقات دالloز فقرة ٥٥

٨٢١ — لمعرفة البائع المسئول ينظر لتاريخ التسليم لا لتاريخ التعاقد

فاذا بيعت سندات غير معينة واستهلكت قبل التسليم وبعد البيع كان البائع هو المسئول وعلى ذلك ليس من المهم ظهور عدم استهلاك هذه السندات عند البيع اذا كانت استهلكت وقت التسليم — تعليقات داللوز فقرة ٧٩ الى ٨١ مادة ١٥٨٥

٨٢٢ — يرى بعض الشراح الفرنساويين أن الشارع لم يقصد أن يذهب بحكم مادة ١٥٨٧ ف (٢٤١ أهلى) الى البحث فى نقل الملك أو عدم نقله وأن النص قاصر على جعل البيع غير تام من جهة الهلاك فقط وعلى ذلك فلا تناقض بينه و بين نص مادة ١٥٨٣ ف — ٢٦٦ أهلى القاضية بأن الملك ينتقل بمجرد العقد تقييد حكم المادة

واعترض مسيو بودرى على هذا الرأى بأنه لو صح ذلك لما كان هناك معنى لجعل الهلاك على البائع فى وقت زالت فيه عنه ملكيته . فجعل الشارع الهلاك عليه دليل على أن الملك لا يزال باقيا له خصوصاً وان نظرية انتقال الملك متمشية دائماً مع نظرية تحمل الهلاك إذ القاعدة فى القانون الفرنساوى هى الهلاك على المالك(1)

وقد حاول مع ذلك هؤلاء المؤلفون أن يؤيدوا رأيهم بتطبيق نظرية الشروط

---

(1) *Res perit demino*

عليه فاعتبروا البيع الذى تقول عنه بيعاً بشرط موقف يتوقف على الوزن والعدد والكيل فاذا تمّ الشرط رجع تأثير البيع الى تاريخ التعاقد واعتبر المشترى مالكاً من ذلك الوقت فاذا لم يكن مسئولاً عن الهلاك قبل تحقق الشرط فذلك بناء على القاعدة العامة لتأثير الشروط الموقفة فان الهلاك فيها على عاتق المتعهد حتى يتمّ الشرط . وقد رأيهم مسيو بودرى قائلاً إن هذا برهان لا أساس له إذ ليس من الصواب اعتبار الوزن والعدد والكيل وهو لازم لتقدير الثمن أو لتقدير المبيع شرطاً موقفاً للبيع لان ذلك ركن من الأركان اللازمة لصحة البيع الذى لا يتمّ الاّ بالثمن . فلا بيع ما دام هذا الركن غير موجود وبناء على ذلك لا يكون المشترى مالكاً —
« انظر فقرة ١٥١ بودرى وسينات »

٨٢٣ — والاعتراض الذى اعترض به مسيو بودرى لا يستقيم مع نظرية القانون المصرى فى الهلاك التى جارى فيها الشريعة الاسلامية فقد قضى بأن الهلاك يتبع التسليم سواء كان المبيع معيناً أو غير معين لأن التعيين لا يقوم مقام التسليم —
« دوهلس نمرة ١٢٣ بيع ج ٤ »

٨٢٤ — على أنه فى حالة البيع بالوزن أو الكيل أو العدد يمكن التوفيق بين حكم مادة ٢٤١ ومادة ٢٩٧ أهلى لأن العدد أو الوزن أو الكيل لازم التسليم أو هو من تمام القبض كما يعبر الشرعيون فما دام لم يحصل وزن ولا كيل فلا تسليم ولا تسلم ومتى حصل التسليم فالهلاك على المشترى وقبله (وهنا قبل العدد أو الوزن أو الكيل) فهو على البائع ولكن التوفيق بين حكم مادة ٢٩٧ وحكم المادة ٢٤٠ متعذر والظاهر أن أحكامهما متناقضة اذ مادة ٢٤٠ تقضى بأن هلاك المبيع على المشترى ولو لم يسلم له المبيع والاخرى تقتضى التسليم حقيقة أو حكماً

فى الشروط اللازمة للوزن أو العدد أو الكيل

٨٢٥ — يتبع أولاً نص العقد فيما يتعلق بشروط الوزن أو العد أو الكيل وكذلك فيما يتعلق بمكانه وزمانه فان لم ينص على شىء يرجع للقواعد العامة : فمكانه مكان التسليم لأن الوزن والعدد والكيل عملية أولية للتسليم وأما زمنه فهو الزمن الذى يستحق فيه تسليم المبيع

٨٢٦ — والوزن والكيل والعدد يجب أن يحصل بحضور المتعاقدين فاذا حصل في غيبة المشترى فلا ينتقل الملك له ولا يجعل الهلاك عليه الا اذا نص على خلاف ذلك أو جرت به عادة ثابتة .

٨٢٧ — ومما لا شك فيه أنه لو طلب المشترى من البائع مشافهة أو كتابة اجراء الوزن والعدد والكيل بحضور من يرسله لنقل البضاعة كان البيع تاماً منتجاً للنتائج التى تحصل لو كان المشترى حاضراً لأن هذا الرسول يعتبر وكيله

٨٢٨ — واذا أرسل المشترى أميناً لنقل بضاعته فيعتبر أنه وكله ضمناً كذلك اذا أجاز المشترى البائع باجراء الوزن والكيل والعدد بغير حضوره الا اذا ثبت أن الكيل والوزن غير مضبوط .

٨٢٩ — ويكون الوزن او الكيل او المقاس صحيحاً فى غيبة المشترى اذا كانت العوائد الثابتة تقضى بذلك فقد تقرر بأن الوزن بواسطة ميزان عمومى جائز ويحتج به على المشترى اذا كانت العادة الثابتة جرت به وعلى ذلك يترتب عليه نقل الملك .

٨٣٠ — وكذلك فى التجارة البحرية يعتبر فى غوائد التسليم أن البضاعة سلمت بنقلها للمركب فتعتبر أنها بيعت او وزنت الخ ويكون عمال المركب نائبين عن المشترى وما دامت العادة كذلك فكأن المشترى وكله عنه فى الاستلام

٨٣١ — ويعتبر ذلك حتى ولو لم يمض قبطان المركب بوليسة الشحن ولم تبرح البضاعة الميناء — داللوز فقرة ١٠١ مادة ١٥٨٥

٨٣٢ — ويكون سفرها على تبعة المشترى فاذا أصابها تلف فلا يسأل عنه المرسل الا اذا كان سببه حادثاً قبل شحن البضاعة بالمركب — داللوز فقرة ١٠٢ مادة ١٥٨٥

٨٣٣ — للقاضى الحق المطلق فى تقدير حصول الوزن والكيل والعدد عند الخلاف بناء على أقوال الخصوم والمكاتبات المتبادلة بينهم وذلك للفصل فيما اذا كان المبيع تعين بالوزن وأصبح مملوكاً للمشترى أو لم يعين — تعليقات داللوز فقرة ٧٢ مادة ١٥٨٥ في سلطة القاضى

٨٣٤ — واذا بقى المبيع عند البائع بعد وزنه او كيله او عده لسبب من الاسباب

كعدم استطاعة المشترى نقله بعد ذلك او لعدم دفعه الثمن فهلاك المبيع على المشترى لا على البائع — شرحه فقرة ٧٥

في طلب الوزن

٨٣٥ — اذا نص في العقد على ميعاد يحصل فيه الوزن وجب حصوله فيه — فإذا لم يحضر المشترى فى الميعاد المذكور لحضور الوزن فسخ العقد من نفسه و بلا حاجة لتنبيه عملاً بنص المادة ٣٣٥ أهلي — ٤١٨ مختلط و ١٦٥٧ فرنساوى — « تعليقات داللوز فقرة ١١٠ ماده ١٥٨٥ ف »

أما اذا لم ينص فى العقد على ميعاد للوزن فيجب على البائع ان ينذر المشترى بالحضور لاجراء الوزن والاستلام فاذا تأخر كان الهلاك عليه من وقت انذاره — « ٢٩٧ والباندكت فقرة ١٠٧٢ ج ٥٩ بيع »

٨٣٦ — وقد حكم بأن الهلاك يكون مع ذلك على البائع اذا لم يعط للمشترى الوقت اللائق لحضور الوزن وهو أمر تقدره المحكمة — الباندكت فقرة ١٠٧٣

٨٣٧ — وبأنه لا يجوز للبائع طلب الحكم على المشترى بالزامه باستلام المبيع اذا لم يكن كلفه رسمياً بالحضور لاجراء الوزن او الكيل او العدد — شرحه فقرة ١٧٠٤

٨٣٨ — وقد يستفاد تنازل المشترى عن التمسك بالوزن بحضوره من العرف اذا كانت العادة الثابتة جرت به. فان قصدهما يحمل على أنهما أرادا العرف

وقد حكم بأن وزن المواشى فى السوق العام بمعرفة أحد القبانيـة العمومية — يصح بغير حضور المشترى ويكون حجة عليه ما دام البائع اتبع العرف الذى يقضى بذلك فى مثل هذا البيع والمشترى لم يتفق على خلاف ذلك — باندكت فقرة ١٠٨٥

٨٣٩ — وانه لايجوز الاحتجاج على المشترى بالوزن الذى يجريه البائع بمحطة تصدير البضاعة فى غيبة المشترى — داللوز فقرة ٨٧ مادة ١٥٨٥

٨٤٠ — ولا الوزن الذى يجريه موظف كالمحضر مثلاً بناء على طلب البائع اذا حصل بغير حضور المشترى — شرحه فقرة ٨٨

٨٤١ — وطلب بضاعة من تاجر يبيع بالجملة وغير مقيم فى نفس بلد المشترى.

يتضمن توكيله دلالة فى وزن البضاعة الاّ أن الوزن الذى يحصل فى غيبة المشترى المذكور لا يكفى لنقل الملك اليه لأن هذا البيع لا يتم الاَّ فى وقت تسليم البضاعة لأمين النقل الذى يستلمها لحساب المشترى وفى هذا الوقت يجب النظر فيما اذا كانت شروط الطلب متوفرة أو غير متوفرة — محكمة الجزائر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ باندكت فقرة ١٠٤٣ — بيع ج ٥٩

٨٤٢ — وفى حالة بيع مواد غذائية لأحد المتعهدين بالتوريد للحكومة فقبول المتعهد (المشترى للبضاعة) عند وصولها للمحطة يجعل الهلاك عليه ولو لم تقبلها المصلحة المشترط التوريد لها — تعليقات داللوز فقرة ٩٠ مادة ١٥٨٥ ف

٨٤٣ — اذا لم يحصل الوزن بحضور المتعاقدين فيتعين اخراج البضاعة من مخازن البائع وتسليمها لأمين النقل حتى يصح القول بنقل الملك الى المشترى إذ لا يكفى ان يعينهــا البائع وحده ويخصص كل بضاعة الى طلب مخصوص — « تعليقات داللوز فقرة ٩٣ »

٨٤٤ — والجارى عليه العمل أن المشترى يوكل أمين النقل المكلف بنقل البضاعة او البائع نفسه باجراء الوزن او الكيل او العدد

وهذا التوكيل قد يكون ضمنياً — ففى حالة شراء بضاعة بالوزن طلبها تاجر يبيع بالتفصيل من تاجر يبيع بالجملة وغير مقيم معه فى نفس البلد يتضمن توكيل البائع بأن يزن بنفسه أو بمعرفة أمين النقل الذى ترك له اختياره البضاعة الواجب تعيينها بالوزن . وبمجرد الوزن وتسليم البضاعة لأمين النقــل يعتبر البيع تاماً — تعليقات داللوز فقرة ٩٤ و ٩٥ و ٩٦

٨٤٥ — وللقاضى حرية التقدير وتأويل العقد لاستنباط ما اذا كان يستفاد من طلب البضاعة توكيل البائع او أمين النقل دلالة أو لا يستفاد — شرحه فقرة ٩٧

٨٤٦ — واذا سلمت البضاعة المبيعة بالوزن للمشترى قبل وزنها فلا يتمّ البيع مع ذلك الاّ بعد الوزن متى كان مشترطاً حصول الوزن فى مكان آخر غير مكان التسليم — « شرحه فقره ١٠٥ »

٨٤٧ — وحكم بأنه اذا بيعت بضاعة بالكيل أو الوزن مودعة عند أجنبى ودفع

المشترى الثمن بمقتضى كمبيالات وأعطى له اذن مرخص له فيه باستلام البضاعة بمجرد الطلب فاذا لم يدفع قيمة الكمبيالات جاز للبائع حبس البضاعة اذا لم يكن حصل كيلها او وزنها ولو كان المشترى باعها لآخر وأن يطلب فسخ البيع لعدم حصول التسليم — شرحه فقره ١٠٩

٨٤٨ — اذا اتفق المتعاقدان على ميعاد للوزن ولم يحضر المشترى فى الميعاد يفسخ البيع حتماً بدون احتياج لتنبيه رسمى عملاً بنص المادة ٣٣٢/٤١٨ — « شرحه فقرة ١١٠ »

٨٤٩ — اذا سكت المتعاقدان عن بيان نوع الكيل الذى يكتال به فيحمل سكوتهما على انهما رضيا بكيل المكان الموجود به الاشياء المبيعة والذى يجب ان يحصل التسليم فيه — باندكت فقرة ١٠٧٦ بيع ج ٥٩

تنبيه — فيما يتعلق بوجود نقص أو زيادة فى المبيع — انظر الكلام على التسليم
وفيما يتعلق برؤية بعض المشترى جزافاً انظر الكلام على العلم بالمبيع
وفيما يتعلق بتعيين المبيع المبين بالنوع عدداً او قياساً او كيلا — انظر الكلام على المبيع

الفرع السادس — فى بيع التجربة

قوانين مصرية	قانون فرنساوى
٢٤٢ — البيع على شرط التجربة يعتبر موقوفاً على تمام الشرط ٣٠٨ — مختلط مطابقة لها	١٥٨٨ فرنساوى مطابقة لها غير أنه ربما تكون ترجمتها كما يأتى أظهر فى المقصود البيع بشرط التجربة يعتبر أنه حاصل دائماً بشرط موقف

٨٥٠ — البيع بشرط التجربة[1] هو بيع يحفظ فيه المشترى لنفسه الحق بأن يجرب الشىء قبل شرائه نهائياً تعريفه

(١) لم يتكلم فقهاء الشريعة الاسلامية على البيع بشرط التجربة اكتفاء بأحكام خيار الرؤية التى سيجىء الكلام عليها فى الفرع الخاص بعلم المشترى بالمبيع ولأن البيع بشرط منهى عنه الا شروطاً اجازوها استحساناً كالبيع بخيار الشرط وغيره مما هو وارد فى الكتب الفقهية . وقد تكلم القانون الفرنساوى فى مادة خاصة (١٥٨٧) على البيع بشرط المذاق كشراء الزيت أو النبيذ وغيرهما وقرر له أحكاماً خاصة مضمونها أن البيع لا ينعقد ولا يتم الا بعد المذاق وقبول المشترى للمبيع

اشتراط التجربة في العقد

٨٥١ — وعلى هذا يجب أن يكون اشتراط التجربة صريحاً فى التعاقد والاّ كان البيع مطلقاً أى غير مقيد بشرط . وسبب ذلك أن حق التجربة لا ينشأ عن طبيعة الشيء المبيع بل لا بد للمشترى من حفظ حقه فيه وقت التعاقد

تأثير العادة

٨٥٢ — ولا يستثنى من ذلك غير حالة واحدة هى حالة ما اذا كانت هناك عادة ثابتة بتجربة الشيء قبل شرائه نهائياً . فانه يجوز للمشترى التمسك بهذه العادة وتجربة الشيء قبل قبوله نهائياً ولولم تشترط التجربة صراحة عند التعاقد كشراء ملابس جاهزة أو بالمقاس (تفصيل) لاستعمال الشخص . فهذا البيع يعتبر أنه حاصل بشرط التجربة وكأن المشترى حفظ لنفسه الحق فى تجربة الملابس المعدة لاستعماله الشخصى قبل شرائها نهائياً . ويحمل عدم الاشتراط على أن قصد المتعاقدين هو الرجوع للعادة الثابتة

والقواعد العامة القاضية بالرجوع للعادة والأخذ بالعرف كثيرة نذكر منها قاعدة : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (٤٣ مجلة) والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص (٤٥ مجلة) والعادة محكمة (٣٦ مجلة) وقد أحال القانون المصرى فى عدة مواضع على العرف — انظر مادة ٢٤٥ و ٢٨٦ اهلى

والقانون الفرنساوى ينص كذلك فى المادة ١١٦٠ صراحة بوجوب تكملة العقد بالشروط التى جرى بها العرف وان لم تكن واردة به

وقد حكمت المحاكم الفرنساوية بناء على ذلك بأن حق التجربة يجوز أن ينشأ عن العادة الثابتة — انظر بودري المطول فقرة ١٦٤

وحيث أهمل الشارع المصرى حكم هذه المادة فوجب أن يتبع في شأنها الاحكام العامة وهى اعتباره بيعاً بشرط التجربة وهو اعتبار موافق لرأى بعض الشراح في فرنسا (دوفرجيه بيع فقرتا ٩٦ و ٩٧)

ويرى مسيو جرانمولان أنه يجوز تحويل حق المذاق للمشترى بناء على نص المادة ٢٤٥ أهلى (٣١١ مختلط) القاضية بمراعاة الشروط الضمنية التى يقتضيها عرف البلد أو العرف التجاري — انظر كتاب العقود فقرة ١٩٥

على أن الظاهر لنا أن الشارع أغفل الكلام على هذه المادة لاندماج أحكامها فى أحكام العلم بالمبيع (خيار الرؤية) كما ستراه في موضعه . ولكن هذا لا يمنع من تطبيق أحكام بيع التجربة كما قدمنا يعنى أن البيع ينعقد ولكنه يكون معلقاً على شرط أما القانون الفرنساوى فيقضى بعدم انعقاده الا بالمذاق مخالفا بذلك القواعد العامة القاضية بأنه متى تم الرضاء انعقد البيع

حكمة النص ٨٥٣ — قرَّر القانون اعتبار البيع موقوفاً على تمام شرط التجربة جرياً على قاعدة القانون الفرنساوى

والحكمة من تقرير القانون الأخير هذه القاعدة أن شرط التجربة كان قديماً يعتبر شرطاً فاسخاً أى ان المشترى كان يعتبر مالكاً من وقت التسليم ويكون هلاك المبيع «عليه» وأذا لم تأتِ التجربة موافقة رد المبيع للبائع فأراد الشارع أن يجعل الهلاك على «البائع» مادام شرط التجربة لم يتمّ لانه ليس من العدل ان يتحمل المشترى ضمان شىء لم يمتلكه وربما رفض شراءه اذا جربه فتحمله مسئولية هلاكه مخالف للعدل ومخالف لقصد المتعاقدين إذ من البعيد جداً ان يكون المشترى أراد ان يهلك الشىء عليه قبل تجربته

لهذا قرر القانون اعتبار البيع المعلق على شرط التجربة معلقاً على شرط موقف فى جميع الأحوال وعلى ذلك لا يتم البيع ولا تترتب أحكامه الاّ بعد التجربة وما دام البيع غير موجود فالهلاك على البائع لانه لا يزال مالكاً

الاتفاق على خلافه ٨٥٤ — على أن للمتعاقدين مع ذلك ان يخالفا هذا الاعتبار القانونى[1] لانه مجرد افتراض من القانون (قرينة شرعية) يسرى حكمه عند السكوت

فاذا قصد المتعاقدان ان البيع بشرط التجربة يكون معلقاً على شرط فاسخ صح البيع واعتبرت الملكية منقولة من تاريخ التعاقد وكان الهلاك على المشترى سواء كان القصد صريحاً فى التعاقد او ضمنياً مستفاداً من ظروف الاحوال المحيطة بالبيع —

« فقرة بودري المطول ١٦٦ وترولنج نمرة ١٠٧ ودوفرجيه بيع نمرة ٩٩ »

٨٥٥ — فالفرق فى الواقع بين الأمرين يرجع الى مسألة الهلاك ففى حالة اعتبار بيع التجربة معلقاً على شرط موقف يكون الهلاك على البائع وليس له حينئذٍ أن يطالب بالثمن . وفى حالة اعتباره بحسب قصد المتعاقدين بشرط فاسخ يكون الهلاك على المشترى لأن الملك ينتقل اليه — انظر مادة ١١٨٢ فرنساوى وبلانيول فقرة ١٣٥٠ و ١٣٥١ و ١٥٣٢ ج ٢

(١) *Présomption légale*

على أنه يلاحظ أن مسألة الهلاك هنا ليست تابعة للتسليم وإنما جعلت تابعة للملك طبقاً لنظرية القانون الفرنسي[1]

٨٥٦ — وفي الحالة الاعتيادية التي لم يتفق المتعاقدان فيها على خلاف ما قضى به القانون — أي متى كان الشرط موقفاً — اذا جرّب المشتري الشيء ولم يعجبه او هلك الشيء قبل تجربته انقضى التعاقد ويعتبر المشتري كأنه لم يملك الشيء المبيع. أما اذا أعجبه بعد التجربة تم البيع واعتبر المشتري مالكاً للمبيع من تاريخ التعاقد كما هي القاعدة في الشروط الموقفة واعتبرت أحكام البيع سارية من التاريخ المذكور فانتقال الملكية يكون تاماً من يوم التعاقد لا من يوم تمام التجربة حكمه

٨٥٧ — وينبني على ذلك أن يكون للمشتري الحق في التمسك بحقوقه قبل الحاجز الذي يكون حجز على المبيع بعد بيعه كما يتمسك بها قبل وكيل الديّانة اذا أفلس البائع بعد البيع أيضاً

ويترتب أيضاً على سريان أحكام البيع بعد التجربة من تاريخ التعاقد ان للمشتري الحق في طلب الشيء المبيع من الحاجز أو وكيل الديّانة لتجربته حسب التعاقد الحاصل مع البائع قبل الحجز أو الافلاس لأنه لو تمت التجربة يصبح مالكاً للشيء من تاريخ التعاقد وعلى ذلك يسقط حق الحاجز في الحجز عليه كما يسقط الحق في ادخاله ضمن التفليسة

٨٥٨ — والبيع بشرط التجربة يجوز حصوله في جميع الاشياء مثلية كانت أو قيمية. معينة أو غير معينة. لعموم النص في المادة وعلى هذا يجوز الاشتراط على شراء بيت يسكنه المشتري زمناً ما على سبيل التجربة محله

والغالب أن يحصل مثل هذا الاشتراط في شراء الحيوانات أو الآلات والادوات التي تحتاج لتجربة كآلة بخارية أو محراث بخاري أو آلة كتابية وغيرها

(١) هلاك المبيع بحسب الشريعة الاسلامية مبطل لخيار الرؤية فيمتنع فسخ البيع وعلى ذلك يجب على المشتري أداء الثمن وقد قدمنا أن بيع التجربة داخل في حكم خيار الرؤية مستفاد من ابن عابدين ص ٦٥ ج ٤

٨٥٩ — ويلاحظ أنه يجب على المشترى بشرط التجربة أن يسجل عقده ان كان المبيع عقاراً ليتسنى له التمسك بحقوقه قبل الدائنين الذين يتلقون حقوقاً من البائع بعد البيع وقبل التسجيل

طريقة التجربة

٧٦٠ — قلنا انه متى جرب المشترى الشيء ولم يعجبه انقضى التعاقد فما هى حدود المشترى فى ذلك ؟ أله الحق المطلق فى رفض الشيء لعدم موافقته له بحسب رأيه أم يكون للبائع حق له اثبات حيازة المبيع لجميع الصفات اللازمة للاستعمال المعدّ له بواسطة خبير

نقول إنه لا يخلو الحال إما أن يكون المشترى قصد بالتجربة موافقة الشيء له شخصياً . وإما أن يكون قصد بها توفر الصفات اللازمة لاستعمال الشيء بحسب ما أعدله . وذلك يعرف من طبيعة المبيع واستعداده وقرائن الأحوال

فان تبين أن قصده ان يكون الشيء موافقاً لما يراه شخصياً جاز له رفضه اذا لم يعجبه رفضاً مطلقاً لأن ذلك أمر ذاتى يتعلق به فلا معنى لمعاينته بمعرفة خبير لا سيما وأن الاهواء تختلف والمشارب تتباين وللناس فيما يعشقون مذاهب ألا ترى أن مزايا الشيء عند انسان تكون عند الآخر عيوباً ونقائص فالجواد الخفيف الحركة السريع العدو يعشقه محب السباق وان كان نفوراً ويكرهه قاصد الرياضة وإن كان جميلاً

أما اذا كان القصد هو توفر الصفات اللازمة للشيء بحسب ما أعدله فلا يجوز له رفضه الاّ فى حالة عدم توفرها ولذلك يكون للبائع حق طلب معاينتها بمعرفة خبير لإثبات استكمال شروطها لان الغرض أن يكون الشيء جيداً وصالحاً للاستعمال لا أن يكون موافقاً للاهواء الشخصية . مثال ذلك شراء آلة لدرس القمح او لرفع المياه. فمتى كانت مستكملة للشرائط اللازمة لاستعمالها تم البيع ولو كان المشترى لا يريده

والفصل فى ذلك موكول للقاضى فله أن يقرّر ما اذا كان المقصود بحسب الظروف وطبيعة الشيء هو التجربة الشخصية المعلقة على مجرد رغبة المشترى او التجربة لمعرفة الصفات

ميعادها

٨٦١ — وميعاد تجربة الشيء إما أن يكون محدداً فى عقد الاتفاق او غير محدد أما اذا لم يكن الميعاد محدداً فيجوز للبائع أن يطلب من القاضى تحديد ميعاد اذا توقف المشترى عن تجربة الشيء . فان تحدد الميعاد رضاءً أو قضاءً وجب على المشترى اجراء التجربة ولا خيار له فى عدم اجرائها لأنه وان لم يكن مشترياً نهائياً قبل التجربة الاّ أنه تعهد بعمل شيء (التجربة) . فامتناعه عن أدائه يُعدّ عدم وفاء بتعهده يترتب عليه مطالبته بفسخ العقد والتعويض المستحق اذا أراد البائع ذلك عملاً بقاعدة افتراض الشرط الفاسخ فى العقود الملزمة للجانبين . واذا لم يرد البائع الفسخ وطلب التعويض جاز له أن يطلب سقوط حق المشترى فى التجربة واعتبار البيع بيعاً باتاً وعلى ذلك يستحق دفع الثمن ويكون هلاك الشيء عليه وذلك لأن البيع هنا حاصل بشرط والمشترى هو الذى يمنع بفعله تمام الشرط ومتى كان المنع من جهه المدين فيعتبر الشرط تاماً ومتحققاً (من سعى فى نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه) انظر مادة ١١٧٨ فرنساوى[١]

٨٦٢ — ان شرط التجربة المذكور فى عقد بيع لا يبيح إبقاء المبيع زمناً أطول من الزمن اللائق للتجربة. وطلب فسخ العقد أو تنقيص الثمن الذى يطلب بعد الاستلام بعدة سنين ويقدم بصفة وجه من أوجه الدفع فى الدعوى المرفوعه بطلب أداء الثمن لا يعتبر طلباً وجيهاً — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ س ١٢ ص ٣٠٤ فقرة ٤٣٦١ مجموعة ثانية

٨٦٣ — والتجربة كما يجوز ان تكون بمعرفة المشترى يجوز أن تكون بمعرفة شخص آخر ذى خبرة يعهد اليه بذلك ويعد فى هذه الحالة وكيلاً للمشترى . وليس من اللازم اجراء التجربة بحضور البائع

فإذا مات المشترى قبل حصول التجربة انتقل الحق لورثته بما له وما عليه

---

(١) رأى بعض الشراح الفرنساويين ان انذار المشترى باجراء التجربة يجعل الهلاك عليه ولكنه رأى غير صائب لان التعهد هنا هو تعهد بعمل شيء والانذار لا يجعل الهلاك على المتعهد له الا فى حالة ما اذا كان التعهد خاصاً باعطاء شيء

الفرع السابع — فى البيوع المستعملة فى التجارة

المبحث الأوّل — فى بيع السلم [1]

٨٦٤ — أكثر ما يشاهد هذا البيع فى الاعمال التجارية وقد ورد ذكره لأول مرة فى القانون نمرة ٢٣ الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ (٢٥ شوال سنة ١٣٢٧) بتعديل مادة ٧٣ من قانون التجارة الاهلى

تعريفه ٨٦٥ — بيع السلم هو البيع الذى يتفق فيه المتعاقدان على اعطاء البائع أجلاً لتسليم المبيع

فان كان الأجل ممنوحاً للمشترى سمى بيع نسيئة [2]

وقد يكون البيع بيع سلم ونسيئة فى آن واحد

وبيع السلم جائز قانوناً فى جميع المعاملات تجارية أو مدنية محضة وبالنسبة لجميع الاشياء معينة بالتعيين أو غير معينة ولكنه أكثر ما يقع فى المسائل التجارية وبالنسبة للبضائع والأوراق ذات القيمة كالسندات وغير ذلك من الأنواع الجارى التعامل بها فى البورصة [3]

٨٦٦ — ولما كان بيع السلم يتناول فى الغالب الأشياء المعينة بنوعها فقط وجب أن تسرى عليه الأحكام العامة المقررة فى بيع هذه الاشياء فمن ذلك

١ — ان مجرد البيع لا ينقل الملك فى المبيع بيع سلم الاّ بالتسليم (٢٦٨ أهلى) وفى الواقع فان بيع السلم يرد على أشياء ربما لم تكن فى حيازة البائع لما وقت

---

(١) ويسميه الشراح الفرنساويون *Vente à livrer* — قارنه بيع السلم فى الشريعة مادة ٤٤٣ وما بعدها من مرشد الحيران

(٢) *Vente à crédit* — النسيئة خلاف النقد (مخصص جزء ١٢ ص ٢٠٤ ويقال أنسأته الدين أخرته (المصباح المنير ص ٩٣٣)

(٣) يطلق على بيع الاوراق ذات القيمة والبضائع بالبورصة اسم *opération à terme ou marché à terme*

البيع ولكنه يستحصل عليها عند التسليم كما يفعل تجار الاقطان . أو تكون في حيازته ولكنها محصول زراعة لم تنبت . أو نبتت ولم تنضج . أو مصنوعات لم يبدأ فى صناعتها . أو سوائل لم تستخرج وهكذا . فمثل هذه الانواع لا يمكن تعيينها قبل تسليمها وكل ما لم يعين بالتعيين لا ينتقل الملك فيه الا بالتسليم كما تقدم

هلاك المبيع فيه ٢ — اذا هلك المبيع بيع سلم قبل التسليم فهلاكه على البائع — مادة ٢٩٧ اهلى (٣٧١ مختلط)

يتعين اذن التدقيق فى بيان الوقت الذى يحصل فيه التسليم لما له من الأهمية فى حالة هلاك المبيع خصوصاً اذا كان نقل المبيع من جهة لأخرى حاصلاً باحدى وسائط النقل كالمراكب والسكك الحديدية والعربات وغيرها فانهُ يجب البحث فى معرفة من يهلك عليه المبيع أثناء السفر بصرف النظر عما اذا كان له حق الرجوع على الناقل أو لا بحسب الأحوال فنقول :

إما أن يتفق المتعاقدان على ان التسليم يكون بمحل المشترى وحينئذٍ يكون الهلاك على البائع لانهُ تعهد بنقل البضاعة للمكان الواجب التسليم فيه . فالتسليم لا يتم الا بإيصال المبيع لمحل المشترى

وإما أن يتفقا على ان التسليم يكون بمحل البائع وحينئذٍ يتم التسليم باستلام الناقل للبضاعة وعلى ذلك يكون هلاكها على المشترى

فاذا لم يتفقا على شيء من جهة التسليم وجب حصوله بمحل البائع لأنه المدين

٣ — يسلم المبيع فى الوقت المعين له فى العقد فاذا تأخر البائع لزمته التعويضات المترتبة على تأخيره

حصوله بطريق المضاربة ٨٦٧ — أحياناً يحصل بيع السلم بصفة مضاربة فى البضائع والأوراق ذات القيمة وفى هذه الحالة لا ينفذ العقد بالوفاء عيناً بل يكون تنفيذه بمجرد دفع فروق فقط . مثال ذلك أن يبيع شخص مائة قنطار من القطن بسعر القنطار أربعة جنيهات ويتعهد بتسليمها فى ميعاد معين . ففى ميعاد التسليم اذا اتفق ارتفاع السعر من أربعة جنيهات الى أربعة ونصف وجب عليه دفع خمسين جنيهاً الى المشترى وهو قيمة الفرق لأنه

لو أراد الوفاء عيناً لاشترى المائة قنطار بسعر القنطار أربعة جنيهات ونصف وخسر بذلك نصف جنيه فى كل قنطار. فبدل تسليم هذا القدر عيناً يسلم البائع للمشترى فرق الثمن

وقد كان قضاء المحكمة المختلطة الى سنة ١٩٠٩ مختلف الرأى فى صحة هذه العقود حتى صدر قانون نمرة ٢٣ أهلى و ٢٤ مختلط لسنة ١٩٠٩ ونص على اعتبار هذه العمليات صحيحة لازمة متى حصلت فى بورصة مصرح بها طبقاً لقانون البورصة ولوائحها وكانت متعلقة ببضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة ولو كان قصد المتعاقدين فيها أنها تؤول الى مجرد دفع الفرق. ونص صراحة فى المادة ٧٣ من قانون التجارة الأهلى (٧٩ مختلط) بان لا تقبل أى دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول الى مجرد دفع فروق اذا انعقد على خلاف النصوص المتقدمة

٨٦٨ — ولأجل أن تكون بيوع السلم صحيحة بحسب أحكام هذه المادة يلزم أن تتوفر فيها أربعة شروط

(١) يجب أن تعقد فى بورصة مرخص بها رسمياً

(٢) بواسطة سماسرة مقيدة أسماؤهم رسمياً

(٣) طبقاً للقانون واللوائح الرسمية الموضوعة لبورص السندات و بورص المحصولات

(٤) يجب أن تكون عن سندات أو محصولات جار تسعيرها فى الكشف الرسمى

وقد بين فى لائحة البورصة الأوراق التى يقبل تسعيرها رسمياً والتى لا تقبل فلتراجع

ويؤخذ صراحة من هذا النص أنه اذا لم تتوفر فى البيع هذه الشروط فلا يجوز رفع دعوى بشأنه أمام المحاكم متى كان الغرض من المعاملة هو مجرد دفع الفرق لا الوفاء حقيقة بالمتعهد به

المبحث الثانى — فى بيع السلم بالعينة

٨٦٩ — وبيع السلم فى التجارة قد يحصل بناء على عينة يقدمها البائع للمشترى من الشىء المراد بيعه . فاذا حصل ذلك وجب تسليم المبيع بحسب العينة التى رآها المشترى.واذا لم تكن مطابقة لها جاز للمشترى رفضها ولو كانت مساوية لها فى القيمة أو زائدة عنها . أما اذا كان البيع مطلقاً أى بغير عينة اكتفى بان تكون البضاعةقابلة للاتجار وحائزة للشروط اللازمة لذلك

ويجب على المشترى عند الخلاف أن يثبت ذاتية العينة التى اشترى بمقتضاها سواء كان بتوقيع البائع أو بختمه أو علامة محله .

والجارى الآن أن تحفظ فى البورصة (المصفق) نماذج[1] لمضاهاة البضاعة المبيعة بها ولكل درجة أو مرتبة من البضاعة نموذج خاص . فالقطن مثلاً جملة درجات فى بورصة الاسكندرية وتسمى (فير) و (فولى فير) و (جود) و (جود فير) و (فولى جودفير) وعند بيع القطن يرجع للنموذج الذى من مرتبته

الفرق بينه وبين البيع بالنموذج

٨٧٠ — ويختلف البيع بمقتضي العينة عن البيع بمقتضى النموذج فى أنه يتحتم التشابه التام فى الصفة والنوع وجميع الأوصاف بين البضاعة المسلمة والعينة التى حصل الشراء بمقتضاها بخلاف الحال فى البيع بالنموذج اذ يكفى أن يكون الصنف حائزاً للأوصاف التى تجعله فى مرتبة النموذج الذى حصل البيع به — انظر حكم محكمة روان في ٢٦ يوليه سنة ١٨٧٨

٨٧١ — اذا تعاقد المشترى على الشراء بمقتضى عينة فله ان يتحقق مما اذا كانت البضاعة هى التى قصد شراءها أو ليست هى بل ويجب عليه اجراء ذلك

فاذا كانت البضاعة موافقة للعينة فلا يقبل من المشترى الادعاء بان هذه البضاعة ليست هى ما قصد شراءه — ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سنة ١٧ صفحة ٤٤ فقرة ٤٣٦٢ مجموعة ثانية

---

(١) *Type*

في اعطاء البائع امراً بالتسليم لحامله

٨٧٢ — لم يقتصر الأمر في المعاملات التجارية على بيع السلم بالطريقة السابقة فقد يتفق البائع والمشترى على أن يعطي البائع ترخيصاً تحت الأذن باستلام البضاعة. وهو عبارة عن امر بالتسليم لحامله يجيز للمشترى اذا باع ما اشتراه أن يحول أمر التسليم هذا للمشترى منه وهكذا ينتقل نفس الحق للمشترى الثاني فالثالث الخ وآخر مشتر يحق له عند حلول الاجل المحدد للتسليم ان يطلب استلام البضاعة من البائع الاصلي بمقتضى أمر التسليم الذي تحت الاذن

وفائدة هذه الاوامر سهوله التصرف في البضاعة بغير حاجة للتسليم والتسلم فعلا في كل دفعة . ولكن يعتبر كل عمل من هذه الاعمال بيعاً مستقلاً يترتب عليه حقوق وواجبات بين الطرفين المتعاقدين دون غيرهما

٨٧٣ — ولذلك كان من مضار هذه الحالة أنه إذا تأخر البائع في التسليم عند حلول الأجل فلا يحق لحامل أمر التسليم مقاضاته مباشرة بل يجب عليه الرجوع على من باع له وهكذا . وكذلك إذا تأخر المشترى الأخير في دفع الثمن جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع والمطالبة بفرق الثمن بصفة تعويض كما يجوز له المطالبة بالثمن بأكمله ولكن كل ذلك قبل من باع له شخصياً . وهكذا كل منهم يرجع على الآخر

ويلاحظ هنا أن للبائع أن لا يستعمل هذه الحقوق وأن يتصرف في البضاعة عملاً بنص المادة ٣٣٥ مدني أهلي (٤١٨ مختلط) التي تقضي بفسخ البيع حتماً إذا لم يدفع الثمن ويطلب التسليم في الميعاد المتفق عليه

٨٧٤ — وتلافياً لهذه المضار وما ينشأ عنها من الاطالة في التقاضي سنّت بعض البورصات (المصافق) لوائح تجيز التقاضي مباشرة بين المشترى الأخير والبائع الأصلي

ويستدل الشراح على سريان هذه اللوائح على المتعاقدين بأن هذه اللائحة إنما تقرر عادة لتتبع في عقد أوجده العرف . فإذا لم ينص المتبايعان في عقد التبايع على ما يخالف هذه العادة وجب الأخذ بها — انظر مادة ٢٤٥ أهلي و٣١١ مختلط

بيع السلم بالتسلسل وتصفيته

٨٧٥ — ويسمى هذا البيع بيع سلم بالتسلسل أو بيعاً بالتعاقب[1] . وبما ان سلسلة

---

(١) *Vente à livrer par filière*

البائعين والمشترين قد تزيد وتنقص فالحال داع لتصفية الحساب وتسويته لمعرفة ربح وخسارة كل متعاقد لأنه من المتعذر أن تدوم الأسعار على حال واحدة فكثيراً ما تتغير من آن لآخر بين هبوط وارتفاع فى خلال المدة بين البيع الأول والأجل المضروب للتسليم

وتحصل التصفية فى الغالب بمعرفة مصفين وهم أشخاص خبيرون بهذه المعاملات فيسوون الحساب فى نظير أجر يتناولونه مقابل التسوية . فتقدم لهم الفواتير وجميع الأوراق الخاصة بالعملية المطلوب تسويتها وهم يبينون حساب كل شخص على حدته فيعينون ربحه إن ربح وخسارته ان خسر

٨٧٦ — والتصفية إما أن تحصل عقب كل بيعة على حدتها أو تؤجل حتى تحصل فى نهاية الأمر عند حلول الأجل

ففى الحالة الأولى يسوى الحساب بالكيفية الآتية :

باع زيد قطناً لبكر بمبلغ ألف جنيه فارتفع السعر فباعه بكر لعمر بمبلغ ألف ومائتى جنيه . ففى هذه الحالة يدفع له عمر فقط المائتى جنيه وهو الفرق ويصير مديناً بمبلغ ألف جنيه يدفعها إلى زيد إذا انتهت السلسلة . وإلاَّ فإذا هبط السعر مثلاً وباع عمر بمبلغ ٩٠٠ جنيهاً دفع مائة للمشترى الأخير منه وذلك لأن المشترى الأخير سيدفع ألف جنيه كاملة إلى البائع الأصلى وهكذا

وفى الغالب يسوى المصفى حساب كل شخص وكله فى العمل على حدته . فإذا باع أحدهم بثمن زائد سلمه الزيادة وإذا باع بسعر ناقص أخذ منه الفرق

ويؤخذ من أحكام لائحة البورصة ان هذه التصفية يجب أن تحصل بواسطة السماسرة الرسميين فى الأحوال الجائز فيها التعامل قانوناً ببيع السلم ويكون قصد المتعاقدين منه تنفيذ المعاملة بمجرد دفع الفرق

المبحث الثالث — فى بيع البضاعة الحاضرة

٨٧٧ — مما يشاهد فى التجارة أن التاجر قد يعرض للبيع بضاعة موجودة تحت يده فيشتريها المشتري بعد اطلاعه عليها ولكن يشترط لنفسه الحق فى قبولها أو رفضها بعد معاينتها في ميعاد معين . فبناء على هذا لا يتكوّن البيع إلاَّ بعد المعاينة . غير أنه ليس للبائع أن يتصرف فيها قبل انقضاء الأجل المضروب . وللمشترى بعد المعاينة أن يقبل البضاعة و بذلك يتم البيع أو يرفضها فينقض العقد الذى أبرم بينه و بين المشترى

٨٧٨ — وليس المشترى حرًّا فى تغيير الشروط عند القبول . فإما أن يقبل الصفقة كما هى أو يرفضها . فليس له مثلاً أن يطلب إنقاص الثمن لعدم جودة البضاعة أو قبول بعضها ورد البعض . أو أخذ بضاعة أخرى غير البضاعة التى تم التعاقد عليها

أما اذا اشترى البضاعة بعد معاينتها . أو بناء على عينة قدمت له . أو تم البيع على شروط معينة من جهة وصف المبيع . فالبيع تام وليس للمشترى الرجوع بعد

٨٧٩ — وإذا انقضى الميعاد المحدد لإبداء المشترى رغبته في قبول البيع أو رفضه ولم يبدها اعتبر البيع نهائياً ولو لم يعاين البضاعة لأن سكوته وعدم اعلانه البائع بالرفض يعدُّ قبولاً للبيع

ومن جهة أخرى فللمشترى الحق في التصرف فيها إذا شاء — بحسب مصلحته — لعدم الاستلام في الميعاد المحدد . أى ان للبائع الخيار بين إلزام المشترى بأخذ البضاعة ودفع الثمن أو التصرف فيها لعدم استلامها عملاً بنص المادة ٣٣٥ مدنى أهلى (٤١٨ مختلط) وقد يكون قبول المشترى ضمنياً كاستلامه بعض المبيع

٨٨٠ — وهلاك المبيع في جميع الأحوال على البائع قبل التسليم إلا إذا كان المشترى قد دعى للاستلام بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد

المبحث الرابع — فى البيع المعلق على وصول السفينة سالمة

٨٨١ — ومن البيوع التجارية بيوعاً يشترط فيها تعليق المبيع بيع سلم على وصول السفينة الناقلة للبضاعة سليمة إذا كانت البضاعة تحتاج في نقلها إلى مسافات طويلة بالبواخر المخصصة لنقل البضائع

فمثل هذا الشرط يجعل البيع معلقاً على شرط موقف وهو سلامة وصول المركب وعلى ذلك لا يتم البيع إلا بعد تحقق هذا الشرط . فإذا غرقت السفينة هلك المبيع على البائع وزال التعاقد بمعنى أن البائع لا يكون ملزماً بتسليم بضاعة أخرى مكانها كما هى الحال في البيع البات الذى يظل بمقتضاه البائع مديناً بالشيء المبيع حتى يؤديه وذلك لأنه إذا لم يتم الشرط زال التعهد . وكثيرون من البائعين يقبلون هذا الشرط لما فيه من هذه المزية التى تقيهم تحمل مصاريف باهظة اذا كانوا ملزمين بتسليم بضاعة أخرى مكان البضاعة الهالكة

٨٨٢ — والمقصود بسلامة وصول السفينة هو وصول البضاعة سليمة . فاذا غرقت المركب ثم نقلت البضاعة الى سفينة أخرى كان ذلك كافياً لأن قصد المتعاقدين وصول البضاعة سليمة وقد تحقق الشرط ولو غرقت المركب . وبالعكس لو وصلت المركب سليمة والبضاعة هلكت فلا يعتبر الشرط متحققاً

الفرع السابع — فى البيوع التخييرية

قوانين مصرية

مادة ٢٤٤ أهلى — يجوز أن يكون المبيع شيئين أو أكثر تحت خيار البائع أو المشترى

مادة ٣١٠ مختلط مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٣١٥ — مرشد الحيران — يصح أن يكون المبيع أحد شيئين قيميين أو مثليين من جنسين مختلفين أو ثلاثة أشياء كذلك يعين ثمن كل منها على حدته ويجعل الخيار فى تعيينه للمشترى بأن يأخذ أياً شاء بثمنه أو للبائع بأن يعطى أياً أراد بثمنه للمشترى ولا بد من توقيت هذا الخيار بثلاثة أيام أو أقل لا أكثر

مادة ٣١٦ — اذا كان خيار التعيين للبائع فله أن يلزم المشترى أيهما شاء الا اذا تعيب أحد الشيئين فى يده فليس له أن يلزمه المعيب الا برضاه فان لم يرض به فليس له أن يلزمه بالآخر

مادة ٣١٧ — اذا كان خيار التعيين للبائع وهلك أحد الشيئين فى يده كان له أن يلزم المشترى بالثانى فان هلكا معاً بطل العقد

مادة ٣١٨ — اذا كان خيار التعيين للمشترى وهلك أحد الشيئين فى يده تعين عليه أخذه ويكون الآخر فى يده أمانة فان هلكا معاً ضمن نصف كل واحد منهما وان تعيبا معا فالخيار بحاله وان تعيبا متعاقبا تعين أخذ ما تعيب اولا

مادة ٣١٩ — اذا مات من له الخيار قبل التعيين انتقل حقه الى وارثه ويجبر على تعيين الشىء الذى يريد اعطاءه ان انتقل الخيار لوارث البائع او الذى يريد اخذه ان انتقل لوارث المشترى ويطالب بثمنه

قانون فرنساوى

مادة ٥٨٤ منه فقرة ثانية — يجوز ان يكون محل البيع شيئين او اكثر على سبيل التخيير

٨٨٣ — ان ذكر هذه المادة فى باب البيع هو أيضاً من قبيل تطبيق القواعد العامة الخاصة بالتعهدات فهو تعهد تخييرى ومحل شرحه شرحاً مستفيضاً فى باب التعهدات على العموم . ويسمى هذا البيع عند الشرعيين بخيار التعيين (١)

مثاله باع زيد منزله بالعباسية أو منزله بشبرا الى بكر بمبلغ ١٠٠٠ جنيه على أن يختار أيهما شاء . فالمبيع لايتعين الآ بالاختيار. وعلى ذلك لاينتقل الملك الآ به أيضاً وهذا هو موضوع بحثنا هنا :

---

(١) خيار التعيين ان يشترى احد الشيئين او الثلاثة على ان يعين أيا شاء (ابن عابدين ج ٤ ص ١٤٧)

فنى البيوع التخييرية ينعقد البيع وانما يبقى نقل الملك غير محقق لأن المبيع — وهو شيء واحد من شيئين أو عدة أشياء — لا يعلم الا بعد الاختيار . أى بعد تعيينه بمعرفة البائع أو المشترى بحسب الأحوال . وطالما ان التعيين لم يحصل فالمبيع مجهول ولا يتأتى حينئذٍ نقل ملكيته . أما اذا تعين بالاختيار نقل الملك فى الحال واعتبر من تاريخ التعاقد فحق التمليك للمشترى يستند مفعوله إلى التاريخ المذكور(١)

٨٨٤ — وحكم البيع التخييرى فى الشريعة الاسلاميــة ظاهر من مراجعة النصوص التى أوردناها فى أول هذا الفرع فراجعها بالاخص فيما يتعلق بهلاك أحد الشيئين . وكل ما نورده من الملاحظة هو أن المــادة (٣١٥ مرشد) اشترطت اختلاف الجنس فى الأشياء المثلية لأنها لو كانت متحدة لما كانت هناك حاجة للتعيين حتى ولا فائدة من العقد

والبيوع التخييرية نادرة جداً فى العمل لهذا نكتفى بما قدمنا

تنبيه — للبيع خلاف الصور السابقة صوراً وصيغاً أخرى كبيع الوفاء والبيع القضائى وسنأتى على شرحها فيما بعد

الفرع الثامن — فى الشروط والآجال المتعارفة

قوانين مصرية

مادة ٢٤٥ أهلى — إذا لم يذكر فى عقد البيع شرط له ولا ميعاد لدفع الثمن فيعتبر البيع بتًّا بلا شرط والثمن حالاً الاّ اذا كان عرف البلد أو عرف التجارة يقضى بشروط ضمنية وأجل للثمن ولو لم يذكر ذلك في العقد

مادة ٣١١ مختلط — مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٣٢٩ مرشد الحيران — البيع المطلق الذى لم يذكر فى عقده تأجيل الثمن او تعجيله يجب فيه الثمن معجلاً ويدفع فى الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها ان يكون الدفع مؤجلاً او مقسطاً بأجل معلوم فان كان كذلك يلزم اتباع العرف والعادة الجارية — راجع كذلك مادة ٢٥١ من المجلة

قانون فرنساوى

ليس به مادة مقابلة لهذه

---

(١) لمعرفة باقى احكام التعهدات التخييرية انظر شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول ص ١٥٦ وما بعدها وخصوصا فيما يتعلق بالهلاك

٨٨٥ — الأصل أن البيع المطلق ينعقد معجلاً خالياً من كل شرط . فيجب على المشترى اداء الثمن فى الحال وعلى البائع تسليم المبيع كذلك بغير شرط . فليس للمشترى أن يعلق تمام البيع على حصول تجربة المبيع . أو دفع الثمن على تقديم كفيل وهكذا بغير شرط خاص . وكذلك ليس للبائع أن يعلق تسليم المبيع على وقوع أو عدم وقوع حادثة معينة . أو يستلزم مقاس المبيع وكيله بغير المقاس والكيل المعروفين . أو يطلب سكنى المنزل الذى باعه مدة معينة من الزمن وهكذا بغير شرط خاص

فإذا أريد شيء من ذلك أو غيره من سائر الشروط وجب النص عليهِ فى العقد . فيذكر الشرط أو يبين الأجل المضروب لدفع الثمن وهكذا . غير أن القانون استثنى من هذا الأصل ما جرى بِهِ العرف أو بعبارة أخرى قضى بمراعاة العرف الجارى

ولا خلاف عندنا فى أنهُ استمد هذا النص من الشريعة الاسلامية فقد قرر الفقهاء بأن البيع المطلق ينعقد معجلاً . أما اذا جرى العرف فى محل على أن يكون البيع المطلق مؤجلاً أو مقسطاً بأجل معلوم ينصرف البيع المطلق الى ذلك الأجل . مثلاً لو اشترى رجل من السوق شيئاً بدون أن يذكر تعجيل الثمن ولا تأجيله لزم عليهِ اداء الثمن فى الحال . أما اذا كان جرى العرف والعادة فى ذلك المحل باعطاء جميع الثمن أو بعض معين بعد اسبوع أو شهر منه لزم اتباع العادة والعرف فى ذلك — انظر مادة ٢٥١ مجلة

كذلك قرروا أن ما لم ينص عليه يحمل على العرف أى على عادات الناس فى الأسواق لأن العادة دالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله عليه السلام : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن

تعارض العرف والنص

أما إذا وجد النص وجب اعتباره حتى ولو كان العرف مغايراً له . وحجة فقهاء الشريعة أن النص أقوى من العرف ولأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل هذا الزمان فى اخراج الشموع والسرج إلى المقابر ليالى العيد . وأن النص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل . وأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه

فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى — ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٩

والقواعد التي وردت بشأن مراعاة العرف كثيرة نذكر منها ما جاء في المجلة من أن العادة محكّمة أي تجعل حكماً لاثبات حكم شرعي . وأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم . والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص . والعادة تعتبر إذا اطّردت أو غلبت فالعبرة للغالب الشائع لا للنادر — راجع مادة ٣٦ من المجلة وما بعدها

وقد استنبطوا من قاعدة : المشروط عرفاً كالمشروط لفظاً : ان عدم الوفاء بالشرط يُملّك الفسخ لمشترطه[1] (زاد المعاد في هدى خير العباد ص ٢١٣)

٨٨٦ — ومما لا نزاع فيه أنه لا يرجع الى العرف الاّ عند سكوت المتعاقدين أو سكوت القانون أي عند عدم النص ولذلك بحث الفقهاء الشرعيون في حالة تعارض النص بالعرف بأن نص الشارع على أمر وجرى العرف على خلافه فقالوا بأنه يعتبر النص لأن النص أقوى من العرف فلا يترك الأقوى بالأدنى ووجه قوته أن النص حجة على الكل أما العرف فهو حجة على الذين تعارفوه والتزموه فقط كما قدمنا — « ابن عابدين ص ١٨٩ ج ٤ » متى يرجع للعرف

وهذا ما هو واجب الاتباع في حكم القانون . فانه يتبع أولاً اتفاق المتعاقدين لأنه قانونهما . فان لم يوجد فنص القانون . فان لم يوجد فالعرف . وللمتعاقدين اذا كان في اتباع العرف ضرر لهما أن ينصا على خلافه

٨٨٧ — نصت الشريعة الفرنساوية أيضاً على أنه اذا كان البيان الوارد بعقد غير مستوف وجب تكملته بالشروط التي جرى بها العرف ولو لم يكن منصوصاً عليها صراحة في العقد — مادة ١١٦٠ فرنساوى شريعة فرنساوية

---

(١) يحسن مقارنة هذا الاستنباط بقاعدة : الشرط الفاسخ مفترض في سائر العقود الملزمة للجانبين وهي القاعدة القاضية بجواز طلب فسخ العقد اذا لم يقم المتعهد بالوفاء بما تعهد به للطرف الآخر — مادة ١١٨٤ فرنساوى

فالفقهاء أجازوا الفسخ اذا كان الشرط ضمنياً ولم ينص المتعاقدان على مخالفة العرف فيه . فلو كان العرف يقضي بشروط ضمنية ولم يحصل الوفاء بها في الحالة التي يجب اتباعها بحسب نص المادة ٢٤٥ أهلي هل يجوز طلب الفسخ قانوناً ؟ الظاهر لنا الجواز ليس فقط قياساً على رأي الفقهاء بل تلافياً لانعدام حكم المادة اذا كان الفسخ غير جائز

فالاتفاق ملزم للمتعاقدين ليس فقط باتباع ما هو منصوص عليه فيه وانما باتباع ما هو من توابعه التى يقضى بها العدل والعرف — مادة ١١٣٥ف

والعرف الواجب مراعاته هو عرف المكان الذي انعقد فيه العقد لا عرف مكان آخر — نقض فرنساوى — ١٩ أغسطس سنة ١٨٨٧ بلانيول فقرة ١١٨١ ج ٢

والرجوع الى العرف صادفنا وسيصادفنا كثيرًا فى مباحثنا

الفصل السابع

فى المتعاقدين

يتناول هذا الفصل البحث فى الأحوال الخاصة بالبيع من جهة أهليـة المتعاقدين ورضائهما أو بعبارة أخرى فى الأحكام المؤثرة على أهلية المتعاقدين ورضائهما فى البيع بصفة خاصة مع أنها غير سارية على سائر العقود

الفرع الأول — فيمن يجوز لهم البيع والشراء

قوانين مصرية

مادة ٢٤٦ أهلى — يجب أن يكون كل من البائع والمشترى متصفاً بالأهلية الشرعية للتعامل

مادة ٣١٢ — مختلط مطابقة لها

مادة ٢٤٧ أهلى — يجب أن يكون البائع متصفاً بالأهلية الشرعيـة للتصرف فى المبيع

مادة ٣١٣ — مختلط مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٢٦٠ مرشد الحيران — يشترط لانعقاد البيع أن يكون كل من المتعاقدين أهلا للعقد (أى عاقلا مميزاً) فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الغير المميز

مادة ٢٦١ — يشترط لانعقاد البيع أن يكون البائع مالكا لما يبيعه أو وكيلا لمالكه أو وليه أو وصيه وأن يكون المالك البائع بنفسه غير محجور عليه وأن لايتعلق بالمبيع حق الغير

قانون فرنساوى

مادة ١٥٩٤ فرنساوى — يجوز لكل من لم يحجر عليه بحكم القانون أن يبيع ويشترى

٨٨٨ — يشترط لصحة البيع خلاف أركانه الثلاثة السابق شرحها وهى: التراضى. والثمن. والمبيع. أن يكون المتعاقدان من ذوى الأهلية الشرعية للتعامل — مادة ٢٤٦ أهلى و٣١٢ مختلط
اهلية المتعاقدين

ولم نتكلم على الأهلية عند الكلام على أركان البيع لاختلاف الأحكام المترتبة على كلٍّ. فان انعدام أحد الأركان الثلاثة مانع من انعقاد البيع. أما فقد الأهلية فمانع من الصحة لأن انعدامها يجعل العقد قابلاً للبطلان ولكنه لا يمنع انعقاده — مادة ١٣١ فقرة أولى أهلى و١٩١ مختلط

٨٨٩ — والأصل أن يكون الإنسان أهلاً للتعامل ما لم يقرر القانون بنص خاص اعتباره عديم الأهلية
الاصل هى الاهلية

ولهذا إذا أريد معرفة ما إذا كان الشخص أهلاً للتبايع أو غير أهل يجب أن يبحث عن القوانين القاضية بفقد الأهلية لا عن القوانين المكسبة لها إذ لا ينص على الأصل وإنما ينص على الاستثناء

٨٩٠ — على أن حكم المادة (٢٤٦) السابق ذكره هو تكرار للحكم العام الوارد فى باب التعهدات مادة (١٢٨ أهلى و١٨٨ مختلط). وكل شخص عديم الأهلية للتعاقد على العموم هو عديمها بالنسبة للبيع

ولكن الأهلية كما تكون مطلقة شاملة لكل الافعال تكون مقيدة بانحصارها فى بعض تلك الافعال — ١٢٩ أهلى و ١٨٩ مختلط

لهذا عُنى القانون فى مادة ٢٤٧ أهلى (٣١٣ مختلط) بالنص على وجوب حيازة البائع لأهلية التصرف فى الشىء المبيع. فقد يتأتى أن يكون البائع أهلاً للتعامل ولكنه ليس بأهل للبيع والشراء. مثال ذلك الإشخاص المنصوص عليهم فى المادة ٢٥٨ أهلى (٣٢٥ مختلط). والاشخاص الذين ينص قانون أحوالهم الشخصية أو القانون العام على منعهم من ذلك كمنع المحكوم عليه بالاشغال الشاقة من التصرف فى ماله مدة اعتقاله. ومنع الزوجة فى القانون الفرنساوى من بيع أموال الزيجة. ومنع بيع ملك الغير. ومنع المدين المحجوز عليه من بيع العقار المطلوب نزع ملكيته من تاريخ تسجيل تنبيه

نزع الملكية بحسب القانون المختلط (مادة ٦٠٨ منه) . ومنع المدين من بيع التركة المستغرقة بالدين قبل أدائه بحسب الشريعة الاسلامية (أحكام المحكمة المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ سنة ٣ ص ٢٣٠ و ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ سنة ٨ ص ٦٥ و ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ سنة ٩ ص ٩٢ وابن عابدين ج ٤) ومنع المريض مرض الموت من البيع لوارث الاّ بأجازة باقى الورثة ولغير الوارث فيما زاد عن الثلث

عدم اهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية

٨٩١ — فالمحكوم عليه بعقوبة جنائية غير أهل للتصرف في المبيع أثناء حبسه فقد نص القانون على أنه لا يجوز له التصرف في أمواله وبيعها مدة اعتقاله الاّ بناء على اذن من المحكمة المدنية التابع لها محل اقامته

وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة ذلك يكون ملغى من ذاته — مادة ٢٥ عقوبات

كذلك القيم المعين على المحكوم عليه بعقوبة جنائية لا يسوغ له التصرف في مال المحكوم عليه المذكور لقصر وظيفته على أعمال الادارة فقط . فاذا باع مال المحكوم عليه فالبيع باطل — مادة ٢٥ عقوبات وحكم ملوى الجزئية ٢٤ اكتوبر سنة ٩٠٦ مجموعة رسمية سنة ٨ ص ٤٢

والمفلس والوصى ممنوعان من البيع الاّ بالحدود المقررة قانوناً

ومتولوا الأوقاف لا يجوز لهم بيعها إلاّ في الاحوال المباحة شرعاً . فاذا لم تراع هذه الشروط كان البيع باطلاً — انظر فيما تقدم فقرة ٣٥٥ وما بعدها

فكل هؤلاء ليس لهم أهلية التصرف الشرعية في المبيع وان جاز أن يكونوا أهلاً للتعامل في غير الأحوال المتقدمة

الرجوع للاحوال الشخصية

٨٩٢ — والحكم في الأهلية مقيدة أو مطلقة يرجع للاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها العاقد (١٣٠ أهلى و ١٩٠ مختلط) . وشرحها خارج عن موضوعنا . لهذا نقتصر على القول بأن عديمى الأهلية شرعاً هم :

القصر الذين لم يبلغ سنهم ١٨ سنة

والمحجور عليهم لسفه أو عته

والمفلسون

ما يترتب على فقد الاهلية

٨٩٣ — والذى يترتب على فقـد الأهلية هو عدم جواز مباشرة العقد بواسطة عديمها كالقاصر أو المحجور عليه . فلا يجوز له أن يقبل أو يوجب بنفسه وإنما يتعاقد بواسطة النائب عنه (وصيه أو القيم عليه) . ومتى تم ذلك ترجع أحكام العقـد من حقوق وواجبات الى عديم الأهلية . فيعتبر بائعاً له حقوق البائع وعليه واجباته . أو مشترياً له حقوق المشترى وعليه واجباته . فاذا تعاقد عديم الأهلية بنفسه كان تعاقده قابلاً للبطلان من جهته ولا يجبر على الوفاء به — مادة ١٢٨ و ١٣٢ أهلى

وأحياناً تتوقف صحة العقد على استيفاء اجراءآت قانونية فأنه لا يجوز للأوصياء أو القوم أو الوكلاء أن يبيعوا أو يشتروا عقار أو أطيان القصر إلاَّ بعد الاذن بذلك من المجلس الحسبى — مادة ١٣ من لائحة المجالس الحسبية الصادرة فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦

عدم اهلية الاشخاص المعنوية

٨٩٤ — وعدم الاهلية يلحق الاشخاص المعنوية كما يلحق الافراد لان الاشخاص المعنوية تعتبر غالباً من طبقــة عديمى الاهلية فلا يجوز لها التبايع إلاَّ بواسطة نائبين شرعيين عنها ومأذونين بذلك فهؤلاء هم الذين يتولون التعاقد بالنيابة عن تلك الاشخاص المعنوية ثم ترجع حقوق العقد وواجباته اليها كمصالح الحكومة أو المجالس المحلية أو مجالس المديريات والجمعيات الخيرية وغيرها — انظر بودرى المطول فقرة ١٩٧

٨٩٥ — وعلى هذا حكم بأن بيع الحـكومـة المصرية لملك داخل فى الاملاك المخصصة لضمان القرض العمومى بدون مراعاة الاجراآت المطلوبة قانوناً (وهى : ١ — قرار مجلس النظار — ٢ موافقة المستشار المالى ٣ — رضاء آل روتشلد) يكون باطلا ولا مفعول له — مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٨٨٧ — بورللى مادة ٣١٣

٨٩٦ — فالذى يترتب على فقد الاهلية العامة فى التعــامل هو حرمان عديم الاهلية من مباشرة العقد بنفسه أى أن التراضى الحاصل منهم وحده غير كاف لتكوين العقد ولكنه متى عقد البيع بواسطة النائب عنه شرعاً آل اليه مركز البائع أو المشترى كأنه أهل للتعاقد

وليست الحال كذلك فى حالة عدم الاهلية الخاصة وهى الاحوال التى يحظر القانون فيها بصفة خاصة التبايع على بعض الاشخاص فانه فى هذه الحالة لا تنحصر عدم أهليتهم

فى مباشرة العقد فقط بأنفسهم بل يحرم عليهم بصفة عامة أن تؤول اليهم حقوق أو واجبات هذا البيع الممنوع . وموضوع كلامنا هنا هو عدم الاهلية الخاص أو المنع الخاص

المنع الخاص

٨٩٧ — وهذا المنع يتناول :

أولاً — القضاة ومساعدو القضاء (الكتبة والمحضرون والمحامون)

ثانياً — القائمون مقام غيرهم بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء والوكلاء

ثالثاً — المدين المحجوز عليه من تاريخ تسجيل ورقة تنبيه الحجز على العقار فى القانون المختلط — مادة ٦٠٨

والمنع فى الحالتين الأوليين قاصر على الشراء فقط وفي الحالة الاخيرة قاصر على البيع

المبحث الأول — فى الحجر على أهلية القضاة ومساعدى القضاء

قوانين مصرية

مادة ٢٥٧ أهلى — لا يجوز للقضاة أو وكلاء الحضرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والافوكاتية أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم لا كلاً ولا بعضاً من الحقوق المتنازع فيها التى تكون من رؤيتها من خصائص المحاكم التى يجرون فيها وظائفهم فاذا وقع ذلك كان البيع باطلاً

وفى هذه الحالة يكون البيع باطلاً أصلاً ويحكم ببطلانه بناء على طلب أى شخص له فائدة فى ذلك ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من نفسها

٣٢٤ مختلط — مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٢٦٨ مرشد الحيران — لا يجوز للقاضى أن يبيع ماله لليتيم ولا أن يشترى مال اليتيم لنفسه

وله أن يشترى من الوصى شيئاً من مال اليتيم أو يبيع ماله من اليتيم ويقبل وصيه وان كان هو الذى أقامه وصيا

قانون فرنساوى

مادة ١٥٩٧ — لا يجوز للقضاة أو نوابهم ولا للقضاة القائمين بأعمال النيابة العمومية والكتبة والمحضرين ووكلاء الدعاوى والمدافعين والموثقين أن يشتروا خصومات أو حقوقاً أو دعاوى متنازع فيها ويكون نظرها من خصائص المحكمة التى يؤدون فيها وظائفهم والا كان الشراء باطلاً وألزموا بالمصاريف والتعويضات المترتبة على ذلك

المنع من شراء الحقوق المتنازع فيها

٨٩٨ — شراء الحقوق المتنازع فيها مباح للأفراد ولا فارق بينه وبين شراء أى حق آخر إلاَّ ما نص عليه القانون من اجازته المدين أن يتخلص من الدين المبيع بدفعه للمشترى الثمن الحقيقى الذى اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة (مادة ٣٥٤ أهلى و ٤٤٢ مختلط). ولكنه محرَّم على القائمين بالقضاء

فقد خاف القانون على القضاة ومن يساعدونهم فى إقامة العدل إن أباح لهم الاتجار بالحقوق المتنازع فيها أن تستهويهم مصالحهم الشخصية فيستخدمون مراكزهم لارضاء مطامعهم أو ينتفعون من خبرتهم بطرق التقاضى فيبتزون من ذوى الحقوق حقوقهم بثمن بخس موهمين إياهم أن الأمل فى كسبها قليل

وخشى أن تظن الناس بهم الظنون فيرتابون فى عدلهم ويسهل على المتقاضين التزلف اليهم فتذهب الثقة بهم . ومتى تزعزت الثقة بالقضاء وأعوانه عمت الفوضى وتقوضت أركانه وسقط نفوذ القائمين بالعدل فى أعين الناس وضاعت هيبتهم وانحطت كرامتهم

من أجل ذلك حرّم القانون عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها متى كانت رؤيتها من خصائص المحاكم التى يشتغلون بدائرتها . فالقاضى إنما ولى القضاء ليفصل بين الناس فى خصوماتهم لا ليتجر فيها . والمحامى ليساعد الضعيف على الانتصاف من القوى وهكذا قل فى باقى أعوان القضاء

قصر المنع على الشراء دون البيع وعدم التوسع فيه

٨٩٩ — وقد قصر القانون المنع على الشراء فقط لتحقق العلل المتقدمة فيه . فخرج بذلك البيع فهو غير محرَّم على من قدمنا . لهذا يجوز للقاضى أن يبيع حقاً متنازعاً فيه

ولا يتناول هذا المنع غير الأشخاص المنصوص عليهم فى القانون (مادة ٢٥٧ أهلى و ٣٢٤ مختلط) وهم القضاة . وأعضاء النيابة . وكتبة المحاكم . والمحضرون . والمحامون . إذ لا يجوز التوسع فى الاستثناء — ما جاء على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس

٩٠٠ — وإنما يلاحظ أن المقصود من استعمال كلمة قضاة هنا معناها الأعم . فتتناول القضاة من أى درجة أو أى قضاء سواء أكانوا قضاة المحاكم الاعتيادية

(ابتدائية أو استئنافية . مدنية أو تجارية أو جنائية) . أم قضاة المحاكم الشرعية . أم أعضاء محاكم الأخطاط . أو المحاكم الإدارية كمحاكم الواحات وغيرها من السلطات الاستثنائية المخول لها حق الفصل فى المنازعات[1]

وكلمة وكلاء الحضرة الخديوية تشمل أعضاء النيابة على اختلاف درجاتهم من النائب العمومى الى معاون النيابة

وكلمة أفوكاتية الواردة بالمادة تشمل المحامين من أى صنف سواء كانوا مقبولين أمام الاستئناف أو تحت التمرين كما تشمل وكلاء الدعاوى المقبولين أمام المحاكم الابتدائية فقط[2]

ويمنع كذلك الكتبة والمحضرون سواء كانوا معينين بالمحاكم الجزئية أو الابتدائية أو الاستئنافية أو الاخطاط وهكذا

٩٠١ — ويشترط لمنع الشراء شرطـان — الأول أن يكون النزاع فى الحق المشترى من اختصاص المحكمة التابع لها الموظف المذكور — الثانى أن يكون الحق متنازعاً فيه

٩٠٢ — الشرط الأول — صرح القانون بأن منع الشراء قاصر على الحقوق المتنازع فيها التى تكون رؤيتها من خصائص المحكمة التى يؤدى هؤلاء الموظفون فيها وظائفهم . ويترتب على هذا ان يختلف المنع باختلاف درجات التقاضى وجهات الاختصاص . فقضاة المحاكم الجزئية ممنوعون من شراء الحقوق التى من اختصاص محاكمهم الجزئية فقط ولكن يجوز لهم شراء ما كان من اختصاص محاكم جزئية أخرى حتى ولو كانت تابعة للمحكمة الكلية التابعين اليها . وذلك مستفاد من نص المادة الصريح فى أن يكون الحق المتنازع فيه داخلاً فى اختصاص المحكمة التى يؤدى

---

(١) وقد كان يدخل ضمن ذلك أيضاً العمد المخول لهم الفصل فى المسائل المدنية التى لا تتجاوز قيمتها مائة قرش قبل انشاء محاكم الأخطاط

(٢) راجع المقارنة الواردة بين الوكلاء والمحامين في تقرير جناب المستشار القضائى سنة ٩١٢ ص ٢٢ و ٢٣

القاضى وظيفته فيها وهكذا الحال فى باقى المنصوص عليهم فى المادة — راجع بودرى المطول ص ٢٥٧ فقرة ٢٥٩

وبالعكس ليس لقضاة المحكمة الابتدائية أن يشتروا شيئاً مما يدخل فى دائرة اختصاص المحكمة الكلية بأكلها حتى ولو كان النزاع من اختصاص المحكمة الجزئية وحدها وغير قابل للاستئناف لاحتمال استئنافه من صاحب الشأن . والاستئناف ولو كان غير مقبول شكلاً يجعل المحكمة الابتدائية مختصة بالنظر فى الفصل فيه على كل حال . ومن جهة أخرى ففى أثناء سير الدعوى الجزئية وقبل الحكم نهائياً لا يمكن أن يعلم ما اذا كانت القضية تستأنف أو لا تستأنف فقد يجوز أن يطرأ أمر يجيز الاستئناف كرفع دعوى فرعية قابلة للاستئناف أو غير ذلك من المسوغات القانونية

إلاّ أن مستشارى محكمة الاستئناف ليسوا بممنوعين أخذاً بنص المادة من شراء حقوق متنازع عليها وتكون من اختصاص المحاكم الجزئية لأنه لا يتأتى طرحها أمامهم فى الدرجة الاستئنافية ولكن بعضهم لا يجيز ذلك لأن اختصاصهم يشمل جميع انحاء القطر ويقول بأن من حرم من شراء الكثير حرم من شراء القليل

والقضاة الاهليون غير ممنوعين من شراء حقوق متنازع فيها أمام المحاكم المختلطة وبالعكس

وأعضاء محكمة الخط لا يجوز لهم شراء القضايا التى من خصائص محكمة خطهم ولكنهم ليسوا ممنوعين من شراء الحقوق المتنازع فيها أمام سائر المحاكم الجزئية والكلية

وما قيل عن القضاة يقال بالنسبة للكتبة والمحضرين

والمحامون المقيدون أمام الاستئناف وان كان يجوز لهم المرافعة أمام جميع المحاكم غير أنهم لا يترافعون فى الواقع بصفة مستمرة إلاّ أمام محاكم معينة فيجب أن يكون الحظر فى الشراء قاصراً عليها

٩٠٣ — الشرط الثانى — أن يكون الحق متنازعاً فيه — يقصد بالحق المتنازع فيه هنا جميع الحقوق التى يحصل فيهـا خلاف بين ذوى الشأن يفضى الى التقاضى

ولو لم ترفع به دعوى . ويستنتج ذلك من قول القانون « حق متنازع فيــه » فهو تعبير عام يتناول الدعوى المرفوعة أمام المحكمة والغير المرفوعة ما دام قد قام نزاع بشأنها وكان نزاعاً مؤدياً للتقاضي — راجع بودرى المطول فقرة ٢٦٢

ويرجح هذا الرأى استعمال القانون لعبارة « حق متنازع فيه » بمعناها الأعم فى المادة ٣٥٤ أهلى — (٤٤٢ مختلط)

وعلى هذا يتناول الحق المتنازع فيه حالتان : الأولى — أن يكون الحق المتنازع فيه مرفوعاً أمام القضاء — الثانية — أنه لم يرفع أمام القضاء ولكن النزاع فيه مؤدٍ لذلك . فالعلة فى الحالتين واحدة

٩٠٤ — وتقدير النزاع فى الحق وبيان ما إذا كان مفضياً للخصومة أو غير مفضٍ أمر موكول لتقدير القضاة فعليهم أن يتحققوه من ظروف الأحوال ليتبينوا ان كان البيع حصل بهذا الاعتبار أو لم يحصل لأنه لم يكن من نزاع قائم عليه . لذلك يجب عليهم أن يتبينوا ان كان النزاع حقيقياً وعلى أساس أو مصطنعاً بقصد إبطال البيع « انظر بودرى المطول فقرة ٢٦٤ ودوهلس فقرة ٢٤٠ بيع ج ٤ »

المنع وارد على كل الحقوق او بعضها

٩٠٥ — والمنع وارد على كل أو بعض الحقوق المتنازع فيها فإذا قام نزاع بين دائن ومدين على درجة دينه المعترف به كان بيعه غير جائز . كذلك يشمل الحقوق المتنازع فيها أياً كان موضوعها . عقاراً أو منقولاً . لأن المادة لم تفرق بين الأمرين

٩٠٦ — ويرى مسيو دوهلس ان صعوبة تحصيل دين معترف به أو النزاع فى درجة مرتهن رهنا عقارياً لا تعتبر حقوقاً متنازعاً فيها — دوهلس فقرة ٤١ بيع ج ٤

ولكن بودرى يقول بأن النزاع فى درجة الرهن هو نزاع خطير الشأن. فعلى مرتبة الرهن تتوقف قيمته والخطر من النزاع بشأن مرتبة الدائن كالخطر من النزاع بشأن أصل الدين كما أن النزاع هنا وارد على بعض الحق والبعض كالكل ممنوع — « بودرى المطول فقرة ٢٦٤ »

٩٠٧ — يجب أن يكون النزاع فى الحق قائماً وقت البيع لهؤلاء الأشخاص

فإذا لم يثبت النزاع فى الحق إلاَّ بعد البيع أو رفعت به دعوى لم تكن متوقعة الحصول وقت التعاقد عليه فشراؤه صحيح فإن صفة التنازع فى الحق تزول إذا انتهت الدعوى بحكم نهائى حائز لقوة الشيء المحكوم فيه . ولهذا يجوز للقضاة أن يشتروا الحقوق والديون الناشئة عن هذا الحكم — دوهلس ٤٢ بيع ج ٤ . وحكم ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ سنة ١٨ ص ٦٦ مختلط وجرانمولان فقرة ٤٥ كتاب العقود

٩٠٨ — وقد حكم بأنه اذا كانت الخصومة قد انتهت وصدر فيها حكم قطعى حائز للقوة النهائية وقت البيع فالبيع الصادر حينئذٍ لا يعد بيع حق متنازع فيه ومحرم على الوكيل فى الدعوى

وعلى ذلك يكون العقد القاضى باعطاء شيء فى صورة بيع لمحام بعد الفصل فى القضية مقابل الخدم التى قام بها لموكله عقداً صحيحاً

والنزاع الذى يكون ملحقاً بالخصومة أو مقترناً بها أو تالياً لها ويقدم من الغير باعتبار أنه متلق لحقوق من الخصم الآخر يكون فصل فيها ضمناً لا يترتب عليه تغيير الحالة الموجودة وقت تحرير البيع ولا جعله بيع وشراء حق متنازع فيه — مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ سنة ١٨ ص ٦٦ فقرة ٤٣٥١ مجموعة ثانية

٩٠٩ — ويجب أيضاً أن يكون الاشخاص الممنوعون من الشراء يؤدون وظائفهم فى المحاكم المختصة بالنظر فى الحق المتنازع فيه وقت البيع . فاذا اشتروا وهم تابعون لمحاكم اخرى ثم عينوا أو نقلوا للمحاكم المختصة بالنظر فى النزاع كان شراؤهم صحيحاً لأنه لتقدير صحة عقد أو بطلانه يجب النظر لوقت انعقاده

٩١٠ — وحكم شراء الحقوق المتنازع فيها هو البطلان الاصلى كما صرح به القانون لأن المقصود بالمنع أسباب متعلقة بالنظام العام . لهذا يجوز لأى شخص من ذوى الفائدة فيه كرب الدين أو المدين أو المشترى نفسه أن يطلب بطلانه كما يجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها (مادة ٢٥٧ فقرة ثانية أهلى ٣٢٥ مختلط)

والبطلان يلحق العقد سواء حصل الشراء بمعرفة الموظف مباشرة أو بالواسطة وسواء ورد على كل الحق أو بعضه

اذا حكم بالبطلان كان المشترى مسئولاً عن تعويض الضرر الذى يكون لحق المدين أو دائنه . وعاد لكل ذى حق من رب الدين والمدين حقه . وجاز للمشترى أن يسترد الثمن الذى كان دفعه

٩١١ — وهل شراء الدين المتنازع فيه بحسب المادة ٢٥٤ أهلى (٤٤٢ مختلط) بواسطة الموظفين السالف ذكرهم ممنوع كشراء الحقوق المتنازع فيها السابق الكلام عليها؟

فى الأمر شك لأن فكرة المضاربة أو الاستفادة غير موجودة بل الموظف هنا انما يشترى ليتقى ضرراً ربما يلحقه ولكن مذهب المؤلفين و أحكام القضاء فى أوروبا على غير ذلك « دوهلس فقرة ٤٣ بيع ج ٤ »

شراء المحامى لحصة من حق متنازع فيه فى مقابل اتعابه

٩١٢ — اذا اتفق أحد المحامين مع خصم على أن يرفع له دعوى بحقه المتنازع فيه ويتعهد بأن يصرف عليها ويباشر كل ما يلزم لها مقابل أخذ حصة معينة من الحق المتنازع فيه بعد كسب الدعوى نظير أتعابه [1] فهل يدخل ذلك تحت حكم المنع الوارد فى المادة ٢٥٧ أهلى أو لا يدخل ؟

ذهب بعض المؤلفين الى اعتبار هذا العقد باطلاً لأنه مبنى على مقصد (سبب) غير جائز قانوناً . وخالفهم بودري قائلاً انه باطل بناء على نص المادة ١٥٩٧ التى تمنع شراء الحقوق المتنازع فيها — لابنـــاء على أن المقصد غير جائز — واعترض على أصحاب الرأى الأول بانه لا يرى هذا العمل مشيناً اذا كان حاصلاً من أحد الافراد اذ لا مانع يمنع الفرد من أن يتفق مع آخر على أخذ حصة من حقه بعد كسب الدعوى فى نظير الانفاق عليها . فمن المحتمل أن يكون صاحب الحق معسراً ويخشى ان هو استدان وخسر دعواه تتراكم ديونه . ومن جهة أخرى فهذا الشخص أجنبى عن القضاء ولا علاقة له به . فعلة المنع معدومة خصوصاً وان هذا الأجنبى قبل الانفاق على الدعوى مقابل أجر احتمالى لا يستحق إلاّ اذا حكم بكسب الدعوى . على أنهُ مما يؤيد صحة هذه الاتفاقات أن المنع فى عهد القانون القديم لم يكن عاماً بل كانت الأوامر

(١) يسمى هذا الاتفاق باللغة الفرنسية *Pacte de quota-litis*

تحرم هذا التعهد على القضاة والمحامين فقط وهذا ما يفيد أن التعاقد كان جائزاً لغير الممنوعين منه ولو كان مبنى البطلان هو المقصد الغير المشروع لكان البطلان عاماً

وقد أخذت المحاكم الأهلية بمذهب المسيو بودرى

٩١٣ — ويقول بعضهم بأن المادة ١٥٩٧ فرنسى (٢٥٧ أهلى) لا تنطبق لأن الاتفاق القاضى بأخذ حصة من الحق المتنازع فيه بعد كسب الدعوى ليس ببيع لفقد ركن الثمن وانما هو وكالة بأجر أو عقد اجارة أشخاص وقد فند مسيو بودرى هذا الرأى أيضاً قائلاً ان مثل هذا الاتفاق وان لم يكن بيعاً حقيقياً ولكنه عبارة عن تعهد باعطاء عوض بدل أداء الدين وهذا التعهد يأخذ حكم البيع فهو على ذلك باطل . ألا ترى أن الوكيل له حق فى الأجر فلأدائه اليه يعطيه الموكل حصة مما كسبه من دعواه

قال مسيو دُهلس أنه يرى من الصعب اعتبار مثل هذا الشرط شراء حق متنازع فيه لأنه فى بيع الحقوق يحل المحول اليه محل المحيل فى حقوقه

ولكن فى حالتنا يستمر المحامى فى الدعوى بصفة وكيل والحوالة الصادرة اليه معلقة على شرط كسب الدعوى فلا يحل أجلها إلاَّ فى الوقت الذى انقطعت فيه عن الحق صفة التنازع ولهذا يجب القول بأن المسألة هى مسألة اشتراط أتعاب فى صورة تحرمها لوائح المحاماة(١) ولكن الضرر منها فى مصر أقل من سواها فان أتعاب المحاماة ولو اتفق عليها مقدماً لا تمنع القاضى من النظر فيها وتقديرها بحسب ما يستصوب طبقاً للقواعد الواردة فى باب الوكالة — مادة ٥١٤

كذلك لا يصلح الاعتراض بأنهُ لو كان هذا التعاقد بيعاً لجاز للمشترى أن يدخل فى الدعوى مع أنها تستمر باسم صاحبها الأول وذلك لأن اخفاء التنازل لا يجعله صحيحاً متى كان القانون يقضى ببطلانه فيستخلص مما تقدم أنه يحرم على الموظفين والمحامين ومن نص عليهم القانون الشراء بهذه الكيفية ولكنه غير ممنوع على سواهم

---

(١) تحرم ذلك نقابة المحاماة امام المحاكم المختلطة فلا يجوز للمحامى اخذ حصة من الحق المتنازع فيه مقابل اتعابه (راجع شرح قانون المرافعات للوزينا بك صحيفة ٤٨ طبعة سنة ١٩٠٣)

في منع الشراء اداريا

٩١٤ — يقضى قرار مجلس النظار الصادر فى ٢٧ يونيه سنة ١٨٩٦ بمنع الموظفين ومستخدمى الحكومة من شراء أو استئجار أطيان فى دائرة توظفهم والموظفون أو المستخدمون بالمصالح الأميرية الذين يخالفون حكم هذا المنع تجرى عليهم الأحكام التأديبية — مادة ٣

فالذى يترتب على هذا الشراء هو الجزاء التأديبي ولكن التبايع ليس باطلاً.

انظر أيضاً منشور مجلس النظار المؤرخ ٢٦ سبتمبر سنة ١٨٩٦

شريعة اسلامية

٩١٥ — لا تجيز الشريعة الإسلامية للقاضى أن يبيع ماله لليتيم ولا أن يشترى مال اليتيم لنفسه لأن فعله قضاء وقضاؤه لنفسه لا يجوز ولكنها أباحت للقاضى الشراء اذا كان لليتيم وصى وذلك لأن الشبهة تنتفى بين الاثنين

فى فقد أهلية الوكلاء الشرعين والمختارين

قوانين مصرية

مادة ٢٥٨ اهلى — لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ولا للوكلاء المقامين من موكليهم ان يشتروا الشيء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة

فاذا حصل الشراء منهم جاز التصديق على البيع من مالك المبيع اذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق

٣٢٧ مختلط — مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٢٦٩ مرشد — يجوز للأب الذى له ولاية على ولده الصغير او الكبير الملحق به ان يبيع ماله لولده وان يشترى مال ولده لنفسه بمثل قيمته وبغبن يسير لا فاحش

ولا يبرأ الأب في الشراء من الثمن حتى ينصب القاضى لولده قيما فيأخذ الثمن من الاب ثم يسلمه اليه ليحفظه لولده وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع حتى لو هلك قبل التمكن من قبضه فضمانه على الأب

مادة ٢٧٠ مرشد الحيران — لا يجوز للوصى المقام من قبل القاضى ان يشترى لنفسه شيئا من مال اليتيم من نفسه ولا ان يبيع مال نفسه لليتيم من نفسه مطلقا سواء كان ذلك خير لليتيم أم لا فلو اشترى هذا الوصى من القاضى او باع جاز

مادة ٢٧١ منه — لا يجوز للوصى المختار من قبل الاب ان يبيع مال نفسه لليتيم ولا ان

يشترى لنفسه شيئا من مال اليتيم الا اذا كان في ذلك خير لليتيم والخيرية في العقار هو ان يشتريه بضعف قيمته وان يبيعه اليتيم بنصف قيمته والخيرية في المنقول ان يشتريه بثمن زائد على قيمته بمقدار الثلث وان يبيعه اليه بثمن ناقص عن قيمته بمقدار الثلث ايضا

قانون فرنساوى

مادة ١٥٩٦ فرنساوى — لا يجوز لمن يأتى ذكرهم ان يشتروا بالمزاد سواء كان بانفسهم او بواسطة غيرهم والا كان الشراء باطلا :

الاوصياء اذا اشتروا مال من هم تحت وصايتهم

الوكلاء اذا اشتروا الاموال التى عهد اليهم بيعها

٩١٦ — هذا هو المبحث الثانى من أحوال المنع الخاص فقد حرَّم القانون على الوكلاء الشرعين كالأوصياء والقوام والوكلاء المختارين أن يشتروا المال المنوط بهم بيعه بالصفة المذكورة فجعلهم غير أهل للشراء (المنع من شراء المال المنوط بالوكيل بيعه)

٩١٧ — وعلة ذلك ان الشارع رأى أن مصلحة الوكيل الشرعى أو المختار ومصلحة من ينوب عنه متعارضتان والتوفيق بينهما محال . اذ رعاية مصلحة رب المال تقتضى زيادة الثمن فى البيع ومصلحة وكيله الشخصية تقتضى انقاصه فلو اجيز للوكيل الشراء بصفة مطلقة ربما قدم مصلحته الشخصية على مصلحة موكله (علته)

لهذا حرم القانون على هؤلاء الوكلاء شراء ما كلفوا ببيعه

٩١٨ — ويلاحظ أن النهى وارد على الشراء فقط . وعلى شراء ما كلفوا ببيعه . فاذا بيع شيء بغير وساطتهم جاز لهم شراؤه . وان النهى وارد على سبيل البيان

٩١٩ — ويختلف حكم هذه المادة عن القانون الفرنساوى فى أنها نهت عن الشراء بصفة عامة ولم تقيد النهى بالشراء من المزاد . وأنها تجيز البيع بتصديق المالك متى كان أهلاً للبيع وقت التصديق

وورد النهى عن الشراء فقط دون البيع نقلاً عن القانون الفرنساوى وهو نقص لامبرر له فان العلة لا تزال قائمة بالنسبة للبيع . ألا ترى أن الوكيل الشرعى قد يطمع فى بيع ماله الردىء بثمن عال لمن ينوب عنه ولهذا قيد الفقهاء البيع فى هذه الحالة بقواعد خاصة تمنع الغبن وتحول بين المطامع . ولقد سد بعض هذا النقص قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٨٩٦ فقضت المادة ١٣ منه بعدم جواز بيع أو شراء عقار أو أطيان القاصر ومن فى حكمه الا باذن المجلس الحسبى . ولكن ذلك قاصر على الأموال الثابتة دون المنقولة — انظر كذلك فقرة ٩٣٤ الآتية

٩٢٠ — يتناول المنع شراء العقار والمنقول اذا كان البيع اختياراً أو بالممارسة فيما يتناوله المنع

فاذا كان البيع جبراً بناء على طلب الدائنين ففى الأمر تفصيل :

اذا كان البيع واقعاً على مال موكل فاما أن يكون الوكيل منوطاً به بيعه أو غير منوط لأن الوكالة تعمم وتخصص بحسب ارادة الموكل . فاذا لم يكن منوطاً به بيعه جاز له شراؤه لأن وكالته قاصرة على ما وكل فيه والقانون لم يمنعه من الشراء فى هذه الحالة . مثال ذلك الوكيل العام لادارة الأموال فقط

اما اذا كان البيع الجبرى واقعاً على مال قاصر ومن فى حكمه فليس للوصى أو القيم أو الولى شراؤه لأنه نائب رب المال فى جميع أمواله وعليه رعاية مصلحته والسعى فى الاكثار من المزايدين واتخاذ الاجراءات التى اجازها القانون بقصد رفع الضرر عن المدين المطلوب نزع ملكيته كطلب بيع جزء فقط من العقار اذا كان ثمنه كافياً لوفاء جميع الديون الواردة فى مادة ٥٥٧ مرافعات وطلب زيادة لصق الاعلانات . والسعى فى بيع المبيع على ذمة الراسى عليه المزاد اذا تأخر عن وفاء شروط البيع (مادة ٦٠٦ مرافعات) . وهكذا

ومتى كان الأمر كذلك كان النائب المذكور منوطاً به بيع العقار أيضاً وحرم عليه شراؤه لنفسه

٩٢١ — ولقد أخرج الشراح الفرنساويون من هذه القاعدة العامة حالة ما اذا

كان للنائب عن القاصر ومن فى حكمه حقوقاً شرعية سابقة على انابته كأن كان شريكاً بالمشاع مع القاصر او ذا دين مسجل على مال المحجور عليه فأجازوا للنائب فى هذه الحالة ان يشترى العقار لنفسه بناء على ان النائب اذا باع أموال من ينوب عنه فانما يستعمل حقاً شرعياً مخولاً له . ولا يجوز ان يُجبر على البقاء على الشيوع ولا ان يُكره على عدم المطالبة بدينه متى حل اجله . ومع ذلك فمصلحة هذا النائب تقتضى أن يباع الشيء بثمن مرتفع سواء فى حالة قسمة المشاع أو تحصيل الدين كما تقتضى ان يشترى بنفسه خشية أن لا يقدم أحد على المزايدة فيباع بثمن بخس

واجازوا هذا الرأى سواء كان البيع بناء على طلب الوصى أو بناء على طلب أحد الشركاء أو أحد الدائنين الآخرين — راجع بودرى المطول فقرة ٢٣٣

وعلى كل حال فالحيطة مراعاة هنا فيما يتعلق بالقسمة

فقد أوجبت المادة ٤٥٦ مدنى أهلى تصديق المحكمة الابتدائية على قسمة الأموال متى كان أحد الشركاء قاصراً أو غير أهل للتصرف أو غائباً . ففي ذلك الوقاية الكافية لحماية مال القاصر

٩٢٢ — ومنع الوكلاء (شرعيين او مختارين) من الشراء لا يمنع من تقريرهم بزيادة عشر الثمن . الا انه لو رسا المزاد عليهم فليس لهم شراؤه الا فى الأحوال التى يسوغ فيها ذلك كما بينا وهى حالة عدم تكليفهم بالبيع أو حالة ترتيب حقوق شرعية لهم سابقة على انابتهم

والحكمة من ذلك كما قررت محكمة باريس فى حكمها الصادر بتاريخ ١٥ يوليو سنة ١٨٨٦ ان التقرير بزيادة العشر مجرد اجراآت فى مصلحة القاصر فلا تعد شراء . ومن المعلوم أن المحرم هو الشراء . وفى الواقع فانها لا تكسب المزايد حقاً عينياً على العين المبيعة بل تؤدى لفتح باب المزايدة وقد يرسو العقار على شخص آخر خلاف المزايد فيكون البيع له صحيحاً والقاصر ومن فى حكمه استفاد من هذه الزيادة

ويلاحظ أن القاصر طبعاً لا فائدة له فى طلب البطلان فى هذه الحالة لأن زيادة

العشر فى مصلحته والراسى عليه المزاد الأول لا يجوز له أن يطلب البطلان تمسكاً بمادة ٢٥٨ التى نشرحها لأن البطلان الذى تقرره نسبى لا يجوز لغير من ينتفع به (أى القاصر ومن فى حكمه) أن يطلبه — راجع بودرى المطول فقرة ٢٣٤

حكم شراء المشرف

٩٢٣ — هل يعتبر المشرف وكيلاً شرعياً يحرم عليه الشراء أو لا يحرم ؟ — المشرف فى الواقع ليس بنائب عن القاصر لأن الوصي هو نائبه . أما المشرف ويسمى أيضاً الناظر فله مجرد حق مراقبة ادارة الاموال . اذ الأصل أن الوصي يتصرف فى التركة بدون مراقبة أحد عليه الا من له الولاية العامة وهذا اذا لم يقم الموصي ناظراً على الوصي . فاذا أقام الموصي مشرفاً (ناظراً) على الوصي فلا يجوز للوصي أن يتصرف فى التركة الا باطلاعه ورأيه — انظر مادة ٤٤١ احوال شخصية وشرحها للشيخ زيد ص ٤٤١ وابن عابدين ص ٤٦٦ ج ٥

وبناء على ذلك لا يعد المشرف وكيلاً شرعياً ويجوز له الشراء . وقد فصّل بعضهم فقال فى حالة البيع الاختيارى ليس للمشرف أن يشترى لأن البيع لا يحصل الا بعد اطلاعه ورأيه . أما فى حالة البيع الجبرى فيجوز له الشراء

حكم شراء الوصى الخاص

٩٢٤ — اذا عين للقاصر ومن فى حكمه وصى خاص للبيع جاز للوصي الذى لم يكلف بالبيع أن يشترى لانتفاء العلة المانعة

٩٢٥ — كذلك لا مانع يمنع الوكيل من أن يشترى شيئاً من أموال موكله لم يوكل فى بيعها . أو وكل بادارتها فقط ولم يوكل فى التصرف فيها . لأن المنوط به البيع يكون فى هذه الحالة غيره

فالقيم على محكوم عليه بعقوبة جناية منوط بالادارة فقط فله الشراء بمراعاة القيود القانونية وهى الحصول على اذن المحكمة الاهلية به والا كان التعهد ملغى من ذاته — مادة ٢٥ عقوبات فقرة رابعة

المنع شامل للشراء مباشرة أو بالواسطة

٩٢٦ — حكم هذا المنع وهو بطلان الشراء يسرى على حالة شراء الشىء بمعرفة الوكيل الشرعى أو المختار سواء كان الشراء مباشرة أو بالواسطة

فلا يجوز لأحد الوكلاء أن يسخر شخصاً يشترى فى الظاهر باسمه ثم يبيع للوكيل

العين فيما بعد أو يشاركه فيها لأن ما لا يجوز عمله ظاهراً لا يجوز خفاء . كما لا يجوز لشخص أن يشترى عقاراً بالمزاد ثم يقرر فى اليوم التالى ان شراءه كان بطريق التوكيل عن هذا الموكل بالكيفية المبينة فى المادة ٥٧٦ مرافعات لأن الموكل لايجوز له الشراء قانوناً . كذلك حكمت محكمة بوردو في فرنسا بابطال شراء عقار اشتراه مدير شركة باسم شركته التى يديرها لأنه تعود عليه منفعة من هذا البيع الذى هو بيع بالواسطة بدل أن يكون بيعاً مباشرة

٩٢٧ — وعلى كل حال يجب لابطال مثل هذا البيع اثبات التواطؤ . والاثبات جائز بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة والقرائن

ومجرد القرابة لا تكفى لابطال البيع كشراء ابن الوكيل أو قريب الوصى بل لابد أن تعزز بدليل آخر

كذلك لا يحرم على الوكيل الشرعي أو المختار أن يشترى فيما بعد الشيء المبيع من مشتريه اذا تبين أن الشراء لم يكن بتواطئ وأن الشخص لم يكن مسخراً

٩٢٨ — ولو جاز للوكيل أن يوكل من يشاء فلا يجوز له الشراء ممن وكله لأنه من المقرر أن شخص الوكيل كشخص الموكل فالعلة لا تزال قائمة — بودرى المطول فقرة ٢٤١

والوكيل بالعمولة (القومسيونجي) حكمه حكم الوكيل المختار فليس له أن يشترى شيئاً لنفسه كلف بصفته المذكورة ببيعه

اما الوكيل الشرعى فيندمج فيه الوصى الشرعى كالأب والجد والوكيل عن الغائب لأنهم وكلاء شرعاً عن الصغير والغائب

كذلك وكيل التفليسة (أو الوكيل القضائى) فهو وكيل المفلس ونائبه فى اجراءات البيع سواء حصل بالممارسة أو بالمزايدة ويكلف بأن يبيع بهذه الصفة بأمر مأمور التفليسة أو بنص القانون — راجع مواد ٢٧٦ و٣٥٢ و٣٧٤ من القانون التجارى

٩٢٩ — وناظر الوقف الذى له أن يبيع أو يستبدل فى الأحوال الجائزة شرعاً

لا يجوز له أن يشترى لنفسه العقار الذى يتولى بيعه

٩٣٠ — كذلك ليس لمن قدمنا أن يأخذوا بالشفعة العقارات المكلفين ببيعها لأن الشفيع يحل من جهة محل المشترى فهو فى الحقيقة مشترٍ جعل القانون له حق الأفضلية على المشترى الأصلى واذا أجيز له الأخذ بالشفعة فربما يتواطأ مع المشفوع منه ويبيع له بشروط مجحفة بمن ينوب عنه — دوهلس فقرة ٦٢ بيع ج ٤

شريعة اسلامية

٩٣١ — فرقت الشريعة الاسلامية بين الأب والوصى من جهة وبين ما اذا كان الوصى وصياً مختاراً أو وصى القاضى . فأجازت للأب أن يشترى مال ولده لنفسه بمثل القيمة أو بغبن يسير لا فاحش . ولكن فى هذه الحالة لا يبرأ الأب عن الثمن حتى يرفع الأمر الى القاضى فينصّب وصياً ليسلمه الأب الثمن ثم يستلمه منه ليكون ضمن أموال ولده التى له عليها ولاية الحفظ والتصرُّف . وانما احتيج الى اقامة الوصى بالصورة المتقدمة لئلاً يلزم عليه أن الأب يصير قاضياً ومقتضياً فى آن واحد ولدفع التهمة عن الأب . وهذا العقد يتم بمجرد قول الأب اشتريت هذا الشيء من ولدى لأن عبارته المذكورة تقوم مقام الإيجاب والقبول — انظر مادة ٢٦٩ مرشد الحيران و٤٢٦ أحوال شخصية وشرحها للشيخ زيد ص ١٢٣ و١٢٤

فى حكم شراء الوصى المختار

٩٣٢ — لا يجوز للوصى المختار أن يشترى لنفسه شيئاً من مال اليتيم إلاّ اذا كان فى ذلك خير لليتيم والخيرية فى العقار هو أن يشتريه بضعف قيمته وفى المنقول أن يشتريه بثمن زائد على قيمته بمقدار الثلث — انظر مادة ٢٧١ مرشد الحيران و٤٥٩ احوال شخصية

وقد فسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة وان لم تكن على الثلثين والثلث فاذا اشترى ما يساوى ثمانية بعشرة كان هذا العقد صحيحاً نافذاً وهو وجيه اذ الغرض من وجود الخيرية فى هذا العقد دفع الشبهة عن الوصى وهى تحصل بما ذكر — « انظر شرح الاحوال الشخصية للشيخ زيد ص ١٧٢ »

فى حكم شراء وصى القاضى

٩٣٣ — اما وصي القاضي فلا يجوز له شراء شيء لنفسه من مال اليتيم سواء كان ذلك خير لليتيم أو لا لأنه وكيل عن القاضي ففعله كفعله وفعل الموكل قضاء وهو لا يقضى لنفسه

ولكن لو اشترى هذا الوصى من القاضى جاز لانتفاء الشبهة — انظر مادة ٢٧٠ مرشد الحيران و٤٥٩ أحوال شخصية وشرحها للشيخ زيد ص ١٧٣ وابن عابدين ص٤٦٨ ج٥

٩٣٤ — يتبين مما تقدم أن نص المادة قاصر على الشراء فاذا حصل البيع من الوصي للقاصر أو من الأب لابنه فيرجع لحكم الشريعة الإسلامية لأن لهذه المسألة علاقة بالأهلية والأهلية تتبع فيها أحكام الشريعة التابع لها القاصر — انظر مادة ١٣٠ أهلى

٩٣٥ — إن الشراء فى هذه الأحوال باطل ولكن بطلانه نسبي فلا يجوز لغير من تعود عليه منفعة من البطلان وهو رب المال أن يطلبه . وعلى ذلك ليس للمشترى أن يطلب البطلان بناء على أن القانون حرّم عليه الشراء وذلك لأنه خالف أمر القانون فليس له أن يتخذ من مخالفته سلاحاً يستعمله لمصلحته

حكم منع هذه البيوع

وحيث كان البطلان نسبياً فتلحقه الاجازة من رب المال متى كان أهلاً للتصرُّف وقت الاجازة . فاذا أفاق المجنون . أو بلغ الصبى . أو صدق الموكل . وهو أهل ولولم تفسخ الوكالة صح البيع

وهذه الاجازة أما أن تكون صريحة كالكتابة أو ضمنيه كتسليم العين المبيعة

والبطلان هنا نسبي بعكسه في مادة ٢٥٧ السابق شرحها والخاصة بشراء القضاة ومساعدى القضاء فان البطلان أصلى يجوز لكل ذى فائدة أن يطلبه والاجازة لا تلحقه

٩٣٦ — ولكن التصديق على البيع يجعله نافذاً من تاريخ التصديق فقط لا من تاريخ الشراء . وأهمية ذلك تظهر في حالة ما اذا اكتسب الغير حقوقاً عينية على المبيع فى المدة التى تمضى من وقت الشراء الى وقت التصديق ولأن تصديق القاصر بعد بلوغه اذا رجع الى تاريخ الشراء فيرجع الى وقت لا تصح فيه الاجازة

٩٣٧ — لا تسقط دعوى البطلان إلاّ بمرور خمسة عشر سنة بحسب القواعد العامة وتبتدئ من تاريخ البيع بمراعاة ايقاف سريان المدة بالنسبة للقاصر

المبحث الثالث — فى منع المحجوز عليه من بيع ما حجز عليه من العقار بحسب أحكام القانون المختلط

٩٣٨ — نصت مادة ٦٠٨ مرافعات مختلط على عدم جواز بيع المدين العقار المحجوز عليه من يوم تسجيل تنبيه نزع الملكية وإلاَّ كان البيع باطلاً من نفسه بغير احتياج لصدور حكم به

وهو نص خاص بالقانون المختلط فلم يرد ذكره فى القانون الأهلى . على أنه مع ذلك ليس مؤدى هذا النص أن المدين المحجوز عليه يصبح غير حرّ فى تصرُّفه فى الأموال المحجوز عليها . لأن المدين بعد الحجز لا يزال مالكاً للعين المحجوز عليها ولكن لا يجوز له بيعها اضراراً بحقوق الحاجزين أو دائنيهم — انظر بودان فقرة ٥٠ ص ٢٢ كتاب البيع والاجارة

وهذا البطلان نسبى يزول بزوال مصلحة الدائنين والحاجزين إذا أديت اليهم ديونهم

٩٣٩ — والغرض من هذا النص هو فى الواقع تسهيل الدعوى البولسية وهى دعوى إبطال تصرُّفات المدين وليس الغرض منه حرمان المدين من أهلية التصرُّف فى العقار المحجوز عليه ولا جعل هذا المال من الأموال التى لا يباح التصرُّف فيها . وإنما رأى الشارع ان ترك الحرية للمدين فى البيع قد يضرّ بالدائن لأن على الدائن اذا حصل التصرُّف بمقابل أن يثبت تواطأ المشترى مع المدين وسوء قصدهما للتوصل لإبطال التصرُّف المذكور أو يضطر لصرف مصاريف هو فى غنى عنها لتتبع العين إن كان له عليها رهن عقارى أو حق امتياز

٩٤٠ — فأراد القانون أن يتخذ تسجيل تنبيه نزع الملكية أساساً كافياً للعلانية وأن يجعله قرينة على تواطؤ المحجوز عليه والمشترى منه ولهذا اعتبر البيع الحاصل بينهما باطلاً

وهذا البطلان وان نص القانون على أنه يكون بغير حاجة لحكم إلاّ أنه بمجرّد ايداع المبلغ المنصوص عليه فى القانون يكون البيع نافذاً

وبديهى أنه لو كان البائع غير أهل للبيع أو الشىء غير مباح التصرّف فيه لما كان مجرّد الإيداع مصححاً لبطلان البيع أو مزيلاً لمنع التصرّف فيه

فمن مقتضى هذا النص ليس على الحاجز إذا حصل بيع ما حجز عليه أن يثبت تدليس المحجوز عليه واشتراك المشترى معه فى التدليس . فالحجز يعتبر بتسجيل التنبيه معلوماً لدى المشترى ومن ثم يكون شراؤه مظنة التواطؤ

ولهذا متى زال المانع بأن دفع المشترى المبلغ الذى يسدد دين ذوى الحقوق كان البيع صحيحاً نافذاً لأن الضرر الذى يلحق أرباب الديون قد ارتفع — بودرى المطول فقرة ٢٧٩ ومادة ٦٠٨ م

٩٤١ — وهذه القاعدة يمكن تقريبها من قواعد الشريعة الاسلامية التى توقف بيع الشىء المرهون لتعلق حق الغير به ولا تجعله نافذاً الاّ اذا قُضى الدين — « راجع مادة ٢٩٩ مرشد الحيران »

٩٤٢ — قد يتوهّم المطلع من نص الفقرة الأولى من المادة ٦٠٨ مختلط[1] ان المراد بعبارة (يكون باطلاً بغير حاجة لحكم يصدر به) هو البطلان بحكم القانون واعتبار البيع بناء على ذلك غير منعقد . ولكن الحقيقة أن المراد هو أنه يجوز للحاجز أن يستمر فى نزع الملكية صارفاً النظر عن هذا البيع الذى حصل من المحجوز

المراد من نص المادة

---

(١) مادة ٦٠٨ مختلط — لا يجوز للمدين من يوم تسجيل ورقة التنبيه أن يبيع العقارات المبينة فى ورقة التنبيه والا كان البيع باطلا بغير احتياج لصدور حكم به

ومع ذلك ينفذ البيع الصادر بهذه الصفة اذا أودع المشترى قبل اليوم المعين للمزاد مبلغاً كافيا للوفاء بأصل الدين وفوائده والمصاريف المستحقة للدائن الذى طلب البيع ولغيره من الدائنين الذين أعلنوا تنبيهاً للمدين بالوفاء أو لهم ديون مسجلة

ويشترط زيادة على ذلك أن يعلن المشترى للدائنين المذكورين محضر الايداع

واذا كانت النقود التى أودعت فى خزينة المحكمة مقترضة فالرهن الذى يحصل من اقراضها لا تعتبر درجته الا بعد ديون الدائنين المسجلة الى وقت البيع

واذا لم يحصل الايداع قبل المزاد فلا يجوز لأى سبب كان اعطاء مهلة لاجرائه

عليه بعد الحجز ومتى طرح المبيع فى المزاد ورسا مزاده على مشتر انتقلت اليه الملكية وفضل على المشترى من المحجوز عليه الذى لا يكسب حقوقاً قبله حتى ولو سجل عقده قبل ايقاع البيع فى المزاد لأن البيع الصادر من المدين المحجوز عليه لا مفعول له قبل الحاجز والدائنين المرتهنين والراسى عليه المزاد فهو لا يوقف سير اجراآت الحجز ولا يعطل مفعوله . أما المدين والدائنون العاديون والمشترى فليس لهم أن يطعنوا فى البيع المذكور . ويستفاد من ذلك أن البيع الصادر من المحجوز عليه قائم ومنعقد بالرغم من تعبير القانون بأنه يكون باطلاً . فينحصر المراد ببطلانه فى أن الحاجز لا يلتفت اليه ولا يترتب عليه ضرر للمشترى بالمراد ولذوى الحقوق المسجلة وتنحصر صحته فى أن المشترى ونفس المدين لا يجوز لهما الطعن فيه فاذا رفع الحجز سرى مفعوله بين المتعاقدين المذكورين — راجع بودرى المطول فقرة ٢٨٠ وانظر حكم المختلط ١١ ابريل سنة ١٨٨٨ بوررلى مادة ٦٠٨ مختلط

٩٤٣ — اذا دفع المشترى المبلغ الكافى لتسديد ديون الحاجز والدائنين المرتهنين فينقضى الحجز وتنعدم مصلحة هؤلاء الدائنين فى ابطال البيع لارتفاع الضرر وحينئذ لا يحق لهم الطعن فيه والبيع ينتج اذن كل أحكامه ونتائجه فى سقوط الحق فى ابطال البيع

٩٤٤ — ويجب إيداع المبلغ بخزينة المحكمة واعلان محضر الإيداع للحاجز والدائنين المرتهنين قبل يوم البيع ويجب أن يكون المبلغ كافياً للوفاء بأصل الدين والمصاريف المستحقة للدائن الحاجز حتى ولو كان دائناً عادياً وللدائنين الذين سجلوا ديونهم لحين يوم الإيداع سواء حلت آجال ديونهم أو لم تحل

أما من لم يسجل دينه من الدائنين المذكورين حتى ولو كان دائناً مرتهناً فالمشترى غير مسئول عن إيداع قيمة دينه أخذاً بنص القانون — بودرى المطول فقرة ٢٨٠

الفرع الثانى — فى بيع المريض مرض الموت

قوانين مصرية

مادة ٢٥٤ أهلى — لا ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو فى حالة مرض الموت لأحد ورثته إلاّ إذا أجازه باقى الورثة

٣٢٠ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٥٥ أهلى — يجوز الطعن فى البيع الحاصل فى مرض الموت لغير وارث اذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع

٣٢١ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٥٦ أهلى — فاذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع أُلزم المشترى بناءً على طلب الورثة إما بفسخ المبيع أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع وللمشترى المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين

٣٢٢ مختلط — مطابقة لها

٣٢٣ مختلط — أحكام المادتين السابقتين لا تكون مرعية إلاّ فى حق البائع الذى يحكم فى أهليته الشخصية

شريعة اسلامية

٢٦٤ مرشد الحيران — بيع المريض فى مرض موته لوارثه موقوف على اجازة باقى الورثة ولو كان بثمن المثل فان أجازوه جاز وان لم يجيزوه بطل

٢٦٥ منه — يجوز بيع المريض فى مرض موته لغير وارثه بثمن المثل أو بغبن يسير ولا يعد الغبن اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين

مادة ٢٦٦ منه — اذا باع المريض فى مرض موته لغير الوارث بغبن فاحش نقصا فى الثمن فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله فان خرجت من ثلث ماله بعد الدين بأن كان الثلث يفى بها لزم البيع وان كان الثلث لا يفى بها بأن زادت عليه يخير المشترى بين أن يدفع للورثة الزائد على الثلث لأكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع

مادة ٢٦٧ منه — اذا باع المريض لأجنبى شيئا من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيرة وكان مديونا بدين مستغرق لماله فلا تصح المحاباة سواء أجازته الورثة أو لم يجيزوه ويخير المشترى من قبل أصحاب الديون فان شاء بلغ المبيع تمام القيمة والا فسخ البيع فان كان قد تصرف فى المبيع قبل الفسخ تلزمه قيمته بالغة ما بلغت

قانون فرنساوى

ليس به مواد مقابلة لهذه

بمقتضى قواعد الشريعة المحلية

وفى جميع الأحوال لا تضر أحكام المادتين المذكورتين بحقوق أرباب الرهون على المبيع ولا بحقوق من انتقلت اليهم ملكية المبيع من المشترى بعوض متى كانوا معتقدين صحة الرهن أو التمليك

٩٤٥ — من أحوال الحجر الخاصة بالبيع منع القانون المريض مرض الموت من التصرف فى ماله بالبيع لوارث إلاّ باجازة باقى الورثة ولغير الوارث إلاّ فى ثلث ماله فهذا منع خاص سنبين أحكامه فيما يلى . وللمريض أن يؤجر وأن يرهن فى مدة مرضه لأن القانون لم يحرم ذلك وعلة التحريم منعدمة

مأخذ هذه الاحكام

٩٤٦ — وضع الشارع المصرى لبيع المريض فى القانون أحكاماً خاصة جرياً على مبادئ الشريعة الاسلامية فقد قسم الفقهاء التصرفات الى تصرفات صادرة فى حال الصحة وتصرفات حاصلة فى مرض الموت وتكلموا على أحكام كل منها

لهذا كان لا مندوحة لنا من الرجوع لأقوالهم حتى يسهل علينا استنباط الأحكام الصحيحة المترتبة على بيع المريض فى القانون فنقول :

تقسيم التصرفات عند الشرعيين

٩٤٧ — يقسم الفقهاء التصرفات فى هذا المقام الى تصرفات حاصلة فى حال الصحة وتصرفات حاصلة فى حال المرض ثم يقسمون كل قسم من هذين الى قسمين آخرين

أولاً — تصرفات منجزة

ثانياً — تصرفات مضافة الى ما بعد الموت

تصرفات فى حال الصحة

٩٤٨ — فالتصرفات المنجزة الصادرة فى حال الصحة نافذة من كل المال سواء كانت لوارث أو لغير وارث بمقابل أو بغير مقابل (أى تصرفات معاوضة او تصرفات تبرع) أما التصرف المضاف الى ما بعد الموت وهو الوصية فان كانت لاجنبى فلا تنفذ

الا من الثلث ولو كانت في حال الصحة وان كانت لوارث فلا تنفذ الا بتصديق الورثة — ٥٥٩ و ٥٦٠ من الأحوال الشخصية وشرحها للشيخ زيد وابن عابدين ص ٤٥١ ج ٥)

تصرفات فى حال المرض

٩٤٩ — أما التصرف فى حال المرض فحكمه حكم الوصية فينفذ من ثلث المال ان كان لاجنبي ولا ينفذ مطلقاً الا بتصديق الورثة ان كان لوارث . ما عدا الاقرار فله أحكام خاصة تختلف باختلاف ما اذا كان المقصود بالاقرار الحكاية عن شيء ثابت فى الماضي أو الغرض منه ابتداء تمليك لوارث أو لغير وارث

فان كان المقصود بالاقرار الاخبار عن شيء ثابت فى الماضي وكان لأجنبي نفذ وان أحاط بجميع المال وذلك لانه فى الحقيقة رجوع الى تصرف صادر فى حال الصحة

أما اذا كان الغرض منه ابتداء تمليك فلا ينفذ بالنسبة للأجنبي الاّ من الثلث — « راجع مادة ٥٦٣ أحوال شخصية وشرحها للشيخ زيد وابن عابدين ج ٤ ص ٤٨١ »

أما اذا كان الاقرار فى المرض لوارث فلا يجوز الاّ بتصديق الورثة — « مادة ٥٦٤ احوال شخصية »

٩٥٠ — يتلخص جميع ذلك فى القاعدة الآتية

تصرفات الصحيح نافذة من كل المال الاّ الوصية فتنفذ من الثلث ان كانت لاجنبي ولا تنفذ الاّ بتصديق الورثة ان كانت لوارث

وتصرفات المريض نافذة من ثلث المال ان كانت لأجنبي لأن للمريض أن يحابي غير الوارث او يتبرع له بقدر الثلث من ماله ولا تنفذ الاّ باجازة الورثة ان كانت لوارث

وبعبارة أخصر حكمها حكم الوصية

حكمة ذلك

٩٥١ — حكمة جعل تصرفات المريض كالوصية — الحكمة فى ذلك هى منع المريض من ايثار بعض الورثة على بعض وضمان عدم تغيير الانصباء المقدرة لهم شرعاً واستبقاء جانب من التركة دفعاً لفقر الورثة واحتياجهم

وذلك لأن فى الإيثار وفى تفضيل بعض الورثة على بعض فى الميراث أو حرمانهم

منه قطيعة للرحم ومجلبة للغيظ والحقد ومدعاة للتشفى والانتقام فدفعاً لذلك علق نفاذ التصرف للوارث على اجازة باقى الورثة

فالاجازة دليل الرضا والرضا دافع للغيظ ناف للانتقام جاء فى الحديث الشريف (لا وصية لوارث الا أن تجيز الورثة)

أما ضمان عدم تغيير الانصباء المقدرة شرعاً فسببه الحديث الشريف (ان الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث)

وقصر تبرع المريض فى مرض موته على الثلث للأجنبى حتى لا يترك المريض ورثته فقراء عالة يتكففون الناس كما ورد فى حديث الوصية المشهور (الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس)

٩٥٢ — يتلخص مما تقدم ان الحكمة هى مراعاة حقوق الورثة وليست كما يتوهم البعض عدم أهلية المريض مرض الموت للتصرف فى ماله كما يتصرف الصحيح لان المريض فى الحقيقة ونفس الأمر أهل للتصرف وقد يصدر التصرف وهو عاقل مميز وبرضاء صحيح لا يفسده تدليس ولا اكراه وانما يعتبر شرعاً غير نافذ فيما زاد عن الثلث ان كان التصرف لاجنبى كوصية او ما فى حكمها وبتصديق الورثة ان كان لوارث

والدليل على ان العلة هى مراعاة حقوق الورثة لا عدم أهلية المريض ان العلة التى أشرنا اليها تدور مع المعلول وجوداً وعدماً كما يستفاد من الدلائل الآتية

١ — قرر الفقهاء انه اذا لم يكن للمتصرف وارث كانت وصيته وما فى حكمها من عقود التبرع نافذة من جميع المال — ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣١ وشرح الاحوال الشخصية ج ٢ ص ٢٧٤ و ٢٧٥

ولو كان عدم النفاذ مبنياً على عدم أهلية المريض لما تغير حكم التصرف تبعاً لوجود وعدم وجود الورثة

٢ — التصرف فى مرض يبرأ منه المريض ملحق بالصحة بمعنى ان تصرفه يكون صحيحاً من جميع المال

٣ — بيع المريض لأجنبي بمثل القيمة او بيسير الغبن نافذ لازم وليس للورثة حق الاعتراض عليه (شرح الأحوال الشخصية ص ٣٢٢) بل وذهب الصاحبان الى اجازة مثل هذا البيع اذا حصل لوارث ما دام انه بمثل القيمة ويقولان إنه لا حق لباقى الورثة فى الاعتراض لانتفاء التهمة ولتمكن الورثة من أن يشتروا بالثمن الذى أخذه المورث عيناً أخرى مثل المبيعة — راجع شرح الاحوال الشخصية ص ٣٢٢ و ٣٢٣

أما الرأى الأول فهو رأى الامام وهو مبنى على أنه لا يجوز البيع لوارث مطلقاً الاً بتصديق باقى الورثة دفعاً لايثار بعضهم بالأعيان

٤ — اقرار المريض لأجنبي متى كان حكاية عن شيء ثابت فى الماضى صحيح وان أحاط بجميع المـال (ابن عابدين ج ٤ ص ٤٨١ وشرح الاحوال الشخصية ج ٢ ص ٣٢٨ وما بعدها) ولو كان المرض فى ذاته يمنع الأهلية لما ثبت هذا الحكم

صرح الفقهاء فى بعض المواطن بما يتضمن ذلك فقد قرروا بأن أجازة المريض مرض الموت لتصرف تصرفه مورثه لأحد الورثة غير نافذ الا من الثلث لاجنبي وبتصديق الورثة لوارث حتى ولو كان المجيز بالغاً عاقلاً أى أهلاً للتصرف — « ابن عابدين جزء خامس ص ٤٣٤ »

كل ذلك يظهر ان العلة ليست عدم أهلية المريض بل مراعاة حقوق الورثة وهو ظاهر لانه من شروط صحة هذه التصرفات عند الشرعيين أيضاً ان تتوفر أركان انعقاده وشروط صحته ومنها الاهلية

دققنا فى بيان هذه العلة لأن على تحقيقها يتوقف تعريف المرض تعريفاً صحيحاً كما يتوقف استنباط الأحكام المترتبة على التصرف فى مرض الموت فانه اذا تبين أن المريض كان فاقداً لقواه العقلية طعن فى تصرفه بأنه صدر بغير رضا صحيح منه وجاز ابطال العقد بأكمله ان كان لغير وارث وهكذا تختلف أحكام البطلان لعدم الرضا عن البطلان لصدور العقد فى مرض الموت

شرائع اجنبية

٩٥٣ — انا وان لم نرَ لهذا التقسيم شبيهاً فى القوانين الأوروبية الا أن فكرة استبقاء نصيب معين للورثة لا يجوز للمريض التصرف فيه لوحظت عند بعض الشرائع الأجنبية فقد قرر الشارع الفرنساوى وضع حد للتبرع والوصية واستبقاء فرض معين للورثة لا يجوز التصرف فيه . فنصت المادة ٩٠٣ فرنساوى على أنه لا يجوز التبرع ولا الايصاء بأزيد من نصف المال اذا ترك المورث وارثاً واحداً ولا بأزيد من ثلثه اذا ترك اثنين ولا بأزيد من ربعه اذا ترك ثلاثة فأكثر

كذلك خصصت الشريعة الالمانية فرضاً مقدراً بنصف نصيب الوارث فى التركة باعتبار خلوّها عن الوصية لا يجوز لرب المال التصرف فيه

وهناك شرائع أخرى كالشريعة الانجليزية وشريعة الولايات المتحدة وكندا وغيرها من البلدان تطلق حرية الوصاية للموصى فله أن يوصى بتركته كلها أو بعضها كما يشاء ويهوى بلا قيد وشرط

فالمسألة من المسائل المختلف عليها فى الشرائع الأوروبية والظاهر أن تقييدالوصاية خير وأبقى من اطلاقها

ألا ترى ان الاقتصاديين بدأوا يحضون حتى على تقييد تصرفات المرء الصحيح استبقاء للعين تحت يده وبالتالى استبقاء لها لورثته بعد مماته

وما فكرة قانون الخمسة أفدنة فى مصر وعدم جواز الحجز عليها الا مظهر من هذه المظاهر

كذلك قانون ملك العائلة بفرنسا القاضى بعدم جواز الحجز على الملك الذى يكتسب هذه الصفة بالطرق القانونية وعدم رهنه رهناً عقارياً أو بيعه بيعاً وفائياً — « انظر قانون ١٢ يوليه سنة ١٩٠٩ مادة ١٠ »

وعلق بيعه بيعاً عاماً على تصديق الزوجة أو على اذن مجلس العائلة ان كان للمالك ورثة قصر بشرط أن يكون فى البيع منفعة لهم — انظر مادة ١٠١ من القانون المذكور

فذلك ظاهر فى أن الغرض هو مراعاة مصلحة الورثة وإنه وان كانت هناك

أسباب أخرى فى الحقيقة باعثة على وضع القوانين القاضية بالحجر على تصرف السليم كعلة انقاذ المتصرف من مخالب المرابين الا أن الفائدة فى النهاية عائدة على الورثة

مقارنة القانون المصرى بالشريعة الاسلامية

٩٥٤ — وقبل الكلام على البيع فى مرض الموت يجب أن نلفت النظر الى أنه يخيل للباحث ان هناك فرقاً بين مذهب الشريعة الاسلامية ومذهب القانون المصرى فى بيع المريض مرض موت

ففى الشريعة الاسلامية لا يعد كل بيع فى مرض الموت كالوصية فى أحكامها بل البيع الذى يأخذ حكمها هو البيع بالمحاباة وبعبارة أخرى بغبن فاحش كأن يبيع المريض ما يساوى ألفاً بخمسمائة فالقدر المحابى به (المغبون فيه) وهو الخمسمائة الباقية هى التى تعد تبرعاً وتسرى عليها أحكام النفاذ وعدم النفاذ

أما القيمة المدفوعة من الثمن فخارجة عن هذه الأحكام

ولهذا كان البيع بمثل القيمة أو بيسير الغبن، لأجنبى نافذاً لازماً ولو تناول المبيع كل ما للمريض كما قدمنا — راجع شرح الاحوال الشخصية ج٢ ص٣٢٣ وابن عابدين ج ٥ ص ٤٤٩ وما بعدها

٩٥٥ — والقواعد التى نص الفقهاء عليها فى حالة البيع بالمحاباة هى :

ان كان القدر المحابى به أقل من ثلث المال أو مساوياً له كان جائزاً لأن للمريض أن يتبرع فى مرض موته لغير وارث بثلث ماله ويكون التبرع نافذاً وان لم تجزه الورثة — شرح الشيخ زيد ص ٣٢٤ احوال شخصية

أما ان زاد القدر المحابى به عن الثلث حكموا عليه حكمهم على الوصية

مثال ذلك أن يبيع المريض بيتاً لأجنبى بمائتى جنيه وقيمة البيت تساوى خمسمائة فيكون قد حاباه بثلثمائة جنيه فان كانت جميع أموال المريض تساوى ألف جنيه فليس للورثة حق فى الاعتراض على هذا العقد لان القدر المحابى به وهو الثلثمائة أقل من ثلث أموال المريض

أما اذا كانت جميع أمواله تساوى ستمائة جنيه فقط ثبت للورثة حق الاعتراض

على العقد لأنه فى هذه الحالة يكون القدر المتبرع به أكثر من الثلث اذ هو ثلثمائة وثلث أموال المريض مائتان فقط وحينئذٍ فاما أن يفسخ المشترى البيع ويسلم المبيع الى الورثة ويستلم الثمن الذى دفعه واما أن يعطيهم مائة جنيه ليكمل لهم الثمن الذى هو أربعمائة جنيه وهذا طبعاً أحسن له كما هو ظاهر — راجع شرح مرشد الحيران ص ٣٢٤

٩٥٦ — أما القانون المصرى وان استمد أحكامه من الشريعة الاسلامية الاّ انه قصر ما استمده على البيع فى مرض الموت وجعل حكمه كالوصية ولكنه لم يتكلم على المسائل الأخرى كالاقرار والهبة وغيرها وعلى هذا يتبع فى شأنها الأحكام العامة للقانون كما أنه لم يصرح بما اذا كان المقصود هو البيع بصفة عامة أو البيع الساتر لهبة أو وصية

٩٥٧ — أما كونه اختار تقرير قواعد للبيع فلأن في ذلك موافقة لما ترمى اليه الشرائع الأجنبية من استبقاء جانب من مال المورث لورثته وتقريرها فروضاً معينة للورثة لا يجوز للمورث ان يتبرع او يوصى بها كما تقدم ومطابقة لأحكام الشرع لأنها مسائل متعلقة بالمواريث وهذه يسرى فيها حكم الشريعة الاسلامية على الخاضعين لها

٩٥٨ — واما البحث فيما اذا كان الشارع المصرى اراد الحجر على التصرف بالبيع ايّاً كان ولو بمقابل او اراد الحجر فى حالة البيع الساتر لهبة فقط ففى المسألة وجهان :

الوجه الأول — ان أحكام بيع المريض تسرى على البيع مطلقاً سواء كان حقيقياً أو ساتراً لهبة لأن اللفظ عام والعبارة مطلقة والكلام عليه وضع فى باب البيع لا في باب الهبة

الوجه الثانى — يصح القول بأن واضع القانون أراد البيع الساتر للهبة أى الذى يحصل بغير مقابل لأنهُ استمد أحكامه من الشريعة الاسلامية والتشريع الفرنساوى وكلاهما لا يحجر إلاّ على التصرفات التى فيها معنى التبرع

والقول بأنهُ لم يرد أن يخرج عن مقاصد الشريعتين قول صواب يؤيد ذلك ما تجرى بهِ العادة :

اولاً — من جعل عقود الهبة والوصية فى صور عقود بيع وما قرره القانون من أن الهبة بعقد عرفى لا تكون صحيحة إلاَّ اذا كانت موصوفة بصفة عقـد آخر (راجع مادة ٤٨١ مدنى) وأكثر العقود تعارفاً وشيوعاً هو البيع

ثانياً — وكون الشارع تكلم على بيع المريض في باب البيع لا ينهض دليـلاً قاطعاً على ان مراده هو البيع الحقيقى لانه من المقرر أن الهبة في صورة البيع لا تصح الاّ اذا كان البيع في ظاهره صحيحاً شاملاً لجميع أركان انعقاده وشروط صحته فلو دل ظاهره على أنه هبة كالتنازل عن الثمن لاعتبر هبة محضة و بطل — راجع فقرة ٦٧٨ المتقدمة وما بعدها

ثالثاً — كون العبارة مطلقة في البيع لا تصلح كذلك للدلالة فانها تفيد بالعكس أن الشارع أراد أن يتخذ لنفسه طريقاً آخر غير طريق الشريعة الاسلامية فياعتبار القدر الجائز التبرع به وهو النظر للمبيع لا للثمن

فان الشرعيين يعتبرون القدر المحابى به في الثمن هو الذى يأخذ حكم الوصية فأراد واضع القانون المصرى أن يجعل المبيع هو الذى تسرى عليه هذه الأحكام فان كان البيع لأجنبى يخرج من ثلث التركة نفذ والاّ جاز للبائع أن يلزم المشترى بفسخه أو بردّ قيمة ما نقص من ثلثى مال المتوفي

وهذه طريقة أكثر مطابقة للعمل وموافقة لمذهبه في الهبة الموصوفة ببيع فان من الصعب معرفة القدر المتبرع به اذا أقرّ البائع في عقد بيع بمحاباة أنه قبض جميع الثمن ولا يمكن التصريح من جانب آخر للورثة باثبات ذلك بشهادة الشهود لأن فيه مخالفة لقواعد الاثبات

رابعاً — ان جعل بيع المريض غير نافذ الاّ فى البيع بطريق التبرع تأييد لمبدأ استقرار المعاملات الحقيقية التى لا يقصد بهـا مخالفة أحكام الميراث ولا تفضيل بعض الورثة فان البيع الحقيقى بمثل القيمة لا يضيع عليهم شيئاً غاية الأمر أن العين استبدلت بمال

خامساً — نص المادة ٢٥٦ يساعد على ترجيح هذا الرأى فقد قررت المادة المشار اليها أنه اذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ألزم المشترى اما بفسخ البيع أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع . ومن المقرر أن الدفع قد يكون عيناً أو نقداً

وبديهى أن الشارع لو كان قصد البيع الحقيقى الذى يدفع فيه الثمن لما أورد هذا النص لأن دفع الثمن بأكمله يشمل دفع ما نقص من ثلثى مال المتوفى وقت البيع نقداً وغير مقبول عدلاً أو قانوناً أن يكون القانون اراد الزام المشترى بدفع فرق قيمة ثلثى التركة مرة ثانية لأنه يكون الزام بلا سبب موجب

فالمسألة كما ترى هامة وقد اختلفت فيها الشراح[1] أما المحاكم فهى أميل للرأى الثانى وجرت على اعتبار البيع الذى يحصل فى مرض الموت بعوض المثل صحيحاً ولو شمل كل مال المريض غير أن محكمة الاستئناف لم تتفق فى تعليل رأيها فذهب بعضهم الى هذا الرأى بطريق القياس مشبهاً حق الورثة على تركة المورث بحق الدائن على أموال مدينه كما قررت ذلك محكمة الاستئناف فى حكمها الصادر فى أول ابريل سنة ١٩١١ فقد قررت ما يأتى :

« يكون للورثة بمقتضى المادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ مدنى الخاصتين بالبيع الحاصل فى مرض موت المورث لغير وارث له بالنسبة لثلثى تركة مورثهم حق يشابه حق الدائن على أموال مدينه الذى يمكنه بمقتضاه أن يبطل تصرفات مدينه التى تحصل اضراراً بحقوقه

وعلى ذلك اذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال المورث وقت البيع فلا يمكن للورثة أن يطلبوا تطبيق المادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ مدني الا اذا أثبتوا أن البيع الحاصل من مورثهم لم يكن بيعاً حقيقياً بثمن مقبول وأنه في هذه الحالة يعتبر وصية فاذا ظهر أن ما حصل من المورث كان بيعاً حقيقاً بثمن مقبول فلا يمكن للورثة أن يحتجوا بالمادتين المذكورتين توصلاً لالغاء البيع »

---

(١) راجع كتاب فتحى باشا زغلول ص ٢٢٨

ولكننا نرى أن الرجوع فى التعليـل الى مأخذ القانون ومصدره وهى أحكام الشريعة الاسلامية خير طريق للاستنتاج والاستنباط كما جرت على ذلك محكمة الاستئناف فى حكمها الصادر فى ١٤ ابريل سنة ١٩١٤ (شرائع عدد ٨ س ١) واليك حيثياته :

« حيث إن مرض الموت ليس من أسباب الحجر بالمعنى الأعم كالصبا والجنون فتصرفات المريض مرض الموت صحيحة الى آخر لحظة من الحياة ما دام أنه بالغ عاقل غير محجور عليه لسفه

وحيث إنه على حسب الشرع الشريف ليس للانسان أن يتبرع فى الصحة أو فى المرض بأكثر من ثلث ماله بطريق الوصية ولا فى مرض الموت بطريق ما هو معتبر كالوصية مثل الهبة والوقف والمحاباة فى البيع أو غيره من العقود لأن ما عدا الثلث حق للورثة — ٥٦٠ و ٥٦١ من كتاب الاحوال الشخصية

وحيث إنه على حسب الشرع أيضاً حق الورثة يبتدىء أن يتعلق بثلثى مال المورث بابتداء مرض الموت . لكن لما كان مرض الموت لا يعرف الاَّ بالموت كانت جميع تصرفات المريض الانشائية المنجزة نافذة فى أوقاتها سواء التى منها بغير عوض والتى منها بعوض وسواء التى تزيد فى الحالة الأولى على الثلث والتى لا تزيد وليس لأحد أن يطعن فى هذه التصرفات ما دام المورث على قيد الحياة

وحيث إنه اذا مات المورث فى المرض الذى حصلت فيه التصرفات لغير وارث فما يكون منها حاصلاً بعوض المثل لا يمكن الطعن فيـه لان العوض قد حل محل المعوض فلم ينقص مال المورث شيئاً . أما ما يكون منها بغير عوض أو بعوض أقل من المعوض فهذه يرجع فيها القهقرى ويبحث في مثل البيع عن قيمة ما حصل فيه محاباة المورث البائع للمشترى وقت البيع فان كانت لا تزيد عن ثلث مال المورث لا يمكن للورثة أن يطعنوا في هذا البيع لان الطعن لم يخول لهم الا لصيانة حقهم وحقهم وهو الثلثان لم يمس واذا زادت على الثلث فللورثة الطعن في البيع بقدر ما

يصلون الى ثلثى المال فقط فيخير المشترى بين دفع الزائد على الثلث وبين فسخ البيع (٣٩٤ من المجلة) وهذا كله في حالة ما يكون الميراث حاصلاً بموجب الشريعة الغراء كما هو ظاهر المادة ٣٢٣ من القانون المدنى المختلط أيضاً

وحيث ظاهر من ذلك ومن عبارات المادتين ٢٥٥ و ٢٥٦ من القانون المدنى أن محل تطبيق هاتين المادتين انما هو في حالة المحاباة في بيع المريض مرض الموت لغير وارث تكون فيه القيمة المحابى بها زائدة على ثلث مال المورث وقت البيع

وحيث إنه على فرض أن البيع المطعون فيه حصل في مرض الموت ليس هذا البيع مما تنطبق عليه المادتان ٢٥٥ و ٢٥٦ المذكورتان لان البائعة كانت وقت البيع بالغة عاقلة غير محجور عليها لسفه والمشترية غير وارثة لها ولأن البيع حصل بثمن المثل قبضته البائعة فهو صحيح ولو كان صدوره في مرض الموت »

في تعريف مرض الموت

٩٥٩ — اقتصر القانون المصرى على ذكر مرض الموت وأحكام التصرف فيه بدون تعريف ذلك المرض فوجب حينئذٍ الرجوع في تعريفه الى الشريعة الاسلامية المأخوذ عنها أحكام البيع في مرض الموت

والتعريف المعول عليه عند الفقهاء في مرض الموت هو المرض الذى يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت ان كان من الذكور وداخله ان كان من الأناث ويكون الغالب فيه موت المريض

فأركان مرض الموت اثنان سواء كان المريض ذكراً أو أنثى

أولاً — غلبة الهلاك من المرض

ثانياً — العجز عن القيام بالمصالح

والركن الأول هو المميز في الحقيقة لمرض الموت فقد يمرض الشخص ولكن لا يغلب عليه الهلاك من المرض مع أنه عاجز عن القيام بمصالحه كما اذا أُصيب برمد أو كسر رجل أو غير ذلك من الأمراض التى تدعو المريض لملازمة الفراش دون أن يتسبب عنها غالباً الموت وحينئذٍ لا يعد مريضاً مرض موت لانتفاء غلبة الهلاك

فيمن هو فى حكم المريض

٩٦٠ — قد يلحق تصرف بعض الأصحاء بتصرُّف المريض في الحكم وذلك اذا كان هؤلاء الأصحاء في حالة يخشى عليهم الهلاك فيها غالباً كوجود شخص في سفينة تلاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها أو غرقت بالفعل أو الحكم على شخص بالاعدام فان تصرُّف الشخص في هذه الحالة يعتبر كتصرُّف المريض مرض الموت

فى العلل والامراض المزمنة

٩٦١ — ميزت الشريعة الإسلامية بين الأمراض المزمنة والغير المزمنة

٩٦٢ — فالأمراض الغير المزمنة هى التى لا تستمر طويلاً كالتيفوس والكوليرا والطاعون ومن مرض بها يبرأ أو يموت في زمن غير بعيد . فاذا تصرَّف مريض بهذا المرض ينظر ان صح من مرضه سرت عليهِ أحكام الأصحاء وان مات سرت عليهِ أحكام المرض — شرح الشيخ زيد للأحوال الشخصية ص ٣١٥

٩٦٣ — والأمراض المزمنة هى التى تمكث زمناً طويلاً كالسل والفالج فاذا تصرَّف مريض بأحد هذه الأمراض اختلفت الأقوال فيما اذا كان يعتبر صحيحاً تسرى على تصرفاته أحكام الأصحاء أو مريضاً مرض الموت

٩٦٤ — قال بعضهم اذا كان ما بهِ يزداد فالغالب عليهِ الهلاك ويعتبر مريضاً مرض موت وان لم يزداد اعتبر صحيحاً

٩٦٥ — وقال بعضهم ان لم يرج برؤه بتداو فهو مريض مرض الموت وان كان يرجى برؤه اعتبر صحيحاً

٩٦٦ — وبعضهم يقول لو طال المرض وصار بحال لا يخشى منهُ الموت اعتبر المريض صحيحاً ولكن اختلف أصحاب هذا الرأى في حد التطاول : فقال بعضهم يعتبر بسنة وبعضهم قال يعتبر العرف بالنسبة للمدة ان كان العرف يعتبر المدة تطاولاً فتطاول وإلاَّ فلا — ابن عابدين جزء خامس ص ٤٣٦

٩٦٧ — وبعضهم يقول ان من لم يلازم فراشه فهو صحيح وإلاَّ اعتبر مريضاً

٩٦٨ — وقد رجح بعض الشارحين الرأى القائل بأنهُ ما دام يزداد ما بالمصاب من العلة فحكمه كالمريض

فان قدمت العلة بأن تطاولت سنه ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في حال المريض بحيث لا يخشى الموت منهُ تعتبر تصرُّفات المريض بعد السنة كتصرُّفات الصحيح — راجع شرح الأحوال الشخصية للشيخ زيد ص ٣١٦

وعلة ذلك أن المرض اذا طال ولم يخش منـــه الموت صار مرضاً مزمناً لا قاتلاً ويشترط في مرض الموت أن يكون قاتلاً — مستفاد من ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٧

٩٦٨ — وقد جرت محكمة الاستئناف الأهلية في بعض أحكامها على هذا الرأى « راجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية الرقيم ٨ مايو سنة ٩٠٧ مجموعة رسمية سنة تاسعة عدد ٩٩ ص ٢٢٧ »

٩٦٩ — ويجب أن يكون الرابط لهذا الرأى هو عدم تغيير حالة المريض أثناء السنة بحيث لا تسوء حالته فيصبح الموت غالباً عليها لأنه اذا طال المرض وكان خوف الموت دائماً غالباً فان التصرُّف في هذه الحاله يعتبر تصرُّفاً في مرض الموت ولو زاد عن السنة

وبتعبير آخر لا ينظر فيه لزمن معين وذلك لأن قرينة التصرف لأيثار بعض الورثة متعينة في هذه الحالة وهذا الرأى موافق لآراء الشرعيين وأحكام المحاكم

جاء بابن عابدين ما يأتى : اذا طال المرض وخيف الموت فالتصرف يعتبر في مرض الموت — جزء خامس ص ٤٣٧

٩٧٠ — وحكمت محكمة الاستئناف الأهلية بحكمها الرقيم ٦ فبراير سنة ١٩١٢ « مجموعة رسمية سنة ١٣ عدد ٨٦ ص ١٧٣ ما يأتى :

يعتبر المرض مرض موت طبقاً للمادتين ٢٥٤ و ٢٥٥ مدنى ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة اذا كان قد أخذ دائماً فى الازدياد لغاية الوفاة ولم يثبت أنه تحسن تحسناً محسوساً في بحر هذه المدة من شأنه ايقاف سيره البطيء المستمر . .

ومعنى ذلك أن تحديد المرض بسنة ليس تحديداً تحتيمياً بل يجب أن ينظر فيه للاحوال والظروف

٩٧١ — ويستخلص من كل ذلك أن تصرفات المريض بعد مضى سنة على

مرضه الذى لم يشتد ولم يتغير تعتبر صحيحة كأنها صادرة من صحيح — راجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية الرقيم١٧يناير سنة ١٩١٢ ص٧٠ عدد ٣٦ مجموعة رسمية سنة ١٣

فاذا اشتد المرض وخيف الموت كان التصرف تصرف مريض ولو مضى عليه من تاريخ حصوله أكثر من سنة

٩٧٢ — والشيخوخة لا تعد من الأمراض المبطلة للتصرفات ما دام العقل سليماً « الاستقلال عدد ٤٤ سنة ٦ »

٩٧٣ أما اذا ثبت أن البائع بسبب شيخوخته وضعف صحته من مدة زمانية كان غير أهل للتعاقد كانت العقود الصادرة منه في ذلك الحين باطلة

ويعتبر اذن الشاري واضعاً يده على الشيء المبيع بسوء نية لعلمه بالعيب الموجود بالعقد المتمسك هو به — الاستئناف ٢٨ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٣

فيمن يلحق بالاصحاء

٩٧٤ — يلحق بالأصحاء أصحاب الأمراض المزمنة التى لا تعد قاتلة ولا يغلب فيها الهلاك ومن كانوا مرضى ثم برئوا من مرضهم — راجع مادة ٥٦١ أحوال شخصية

٩٧٥ — ويستخلص من كل ذلك أنه متى كان الشخص في حالة يغلب عليه الهلاك فيها سواء كان مريضاً أو واقعاً في حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالباً وتصرف في ماله ثم مات يحكم على تصرفه بأنه صادر وهو مريض مرض الموت أو وهو ملحق به وتجرى عليه الأحكام المناسبة لذلك — راجع شرح الشيخ زيد للأحوال الشخصية ص ٣١٥

٩٧٦ — ولايشترط أن يكون المريض مرض الموت صاحب فراش وانما الشرط اللازم هو غلبة الموت — ابن عابدين ص ٤٣٧ ج ٥

وهذا الرأى صائب لأن غلبة الموت هي التى تبعث على التصرف ودنو الأجل هو الذى يجعل المريض سهل الاستمالة سريع التأثير بعيداً عن التعلق بأمور الدنيا لا المرض في ذاته كما قدمنا

٩٧٧ — وحيث علمنا من هو الصحيح والملحق به ومن هو المريض والملحق به فلنتكلم على تصرفات كل فريق من حيث البيع فنقول

في بيع الصحيح

٩٧٨ — بيع الشخص السليم . أو المعتبر كذلك أى الذى به مرض لا يعتبر مرض موت . ومن كان مريضاً ثم برئ من مرضه ينفذ من جميع ماله متى كان العقد صحيحاً في ذاته لا يفسده عيب من عيوب الرضا ولا ينقصه ركن انعقاد أو شرط صحة كالإكراه أوعدم الأهلية وغيرها — راجع ايضاً شرح الشيخ زيد فى الاحوال الشخصية مادة ٥٥٩

فى بيع المريض مرض موت

٩٧٩ — أما بيع المريض مرض موت أو الملحق بالمريض مرض موت فينظر اذا كان البيع لوارث أو لغير وارث

٩٨٠ — فاذا كان البيع لوارث فلا ينفذ الاَّ اذا أجازه باقى الورثة (مادة ٢٥٤) وعلة ذلك هى عدم ايثار بعض الورثة على بعض ودفع العداوة والبغضاء التى تنشأ بسبب ذلك خصوصاً وانه كثيراً ما يتفق أن الزوج يتزوَّج بزوجة أخرى فتسعى فى حرمان أولاد المريض من ضرتها أو تنقيص انصبائهم واكثر ما يكون الانسان مستعداً لقبول ذلك وهو مريض مرض الموت الذى يشعر فيه بقرب مفارقته الحياة وتركه المال

٩٨١ — أما اذا كان البيع لغير وارث فهو نافذ اذا كانت قيمته لا تتجاوز ثلث المبيع (مادة ٢٥٥)

فاذا باع المريض بيتاً تساوى قيمته الف جنيه وكانت جميع أمواله تساوى ثلاثة آلاف كان البيع صحيحاً نافذاً لا يجوز الطعن فيه لحصوله فى المرض وانما يجوز الطعن فيه بالأوجه المبطلة أو المفسدة لسائر العقود ولو كانت فى حالة الصحه

وفى هذا دليل على أن واضع القانون لم يرد أن يزيد وجهاً من أوجه البطلان ولا عد المرض فى ذاته عدم أهلية مستوجبة للبطلان وهو موافق لمذهب الشريعة اذ فى المثال السابق عدت الصفقة باكلها صحيحة ولو كانت قيمة البيت ألفاً ومائتى جنيه لما جاز الطعن الاَّ فى القدر الزائد

٩٨٢ — والحد الفاصل بين مرض الموت والصحة هو التاريخ الذى يعتبر فيه

المرض مرض موت بحسب التعريف المعول عليه اى الذى يخشى فيه الهلاك غالباً

في الحد الفاصل بين الصحة والمرض

ويتفرع على هذا أن مجرد وجود أعراض المرض لا تكفى لاعتبار التصرف صادراً فى مرض الموت فقد يصاب الشخص بأعراض مرض كالسل ولكن لا تشتد حالته ولا يخشى منه الموت الاَّ بعد زمن طويل . كذلك يولد الشخص مقعداً أو مصاباً بمرض وراثى لا تسوء معه حالة المريض الاَّ بعد سنين عديدة . فاذا تصرّف أحد هوءلاء قبل اشتداد المرض شدة يعتبر معها مرض موت فتصرفه صحيح

وهذا الرأى موافق للشريعة الغراء فقد اعتبرت التصرف صحيحاً اذا مضت سنة على تاريخ العقد ولم تتغير فيها حالة المريض

والحكمة من ذلك أن التصرف الحاصل فى بدء ظهور أعراض المرض المستطيل لا تدعو للريبة ولا تحمل على الظن بأن المتصرف قصد الاضرار بالورثة أو تفضيل بعضهم على بعض أو حرمان البعض خلافاً لقواعد الميراث الشرعية

وعلى هذا اذا ثبت أن التصرف حصل قبل اعتبار المرض مرضاً قاتلاً فهو تصرف فى حال الصحة

وان ثبت أنه من تاريخ اعتبار المرض مميتاً سرت عليه أحكام التصرف فى مرض الموت

في طرق الاثبات

٩٨٣ — وتتبع فى اثبات مرض الموت جميع الطرق القانونية

والمكلف بالاثبات هو الوارث الذى يدعى حصول التصرف فى مرض الموت ويطلب عدم نفاذه لأنه مدع — قارن حكم محكمة الاستئناف الاهلية الرقيم ٨ مايو سنة ١٩٠٧ عدد ٩٩ مجموعة سنة ٩ ص ٢٢٧

٩٨٤ — وقد حكم بجواز اثبات مرض الموت بالبينة (القضاء ٦ ص ٢٣٧ حكم الاستئناف ٢٥ ابريل سنة ١٨٩٩) . وعلى هذا يجوز الاستشهاد بأقوال الأطباء الذين كانوا يعالجون المريض والاستناد على الشهادات المحررة منهم

٩٨٥ — وقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية فى نفس الحكم بأن الشك فى

العقد الحاصل فى مرض الموت يكفى لإبطاله مراعاة لمصلحة الورثة الاَّ اذا أجازوه هم ومعنى هذا اذا كانت المحكمة فى شك من أن العقد حصل فى مرض الموت او في حال الصحة ولم يقم لها دليل قاطع على احدى الحالتين رجحت صدوره فى مرض الموت . وهذا رأى صائب لانه رجوع للأصل

٩٨٦ — وعلى هذا النحو حكمت محكمة الاستئناف الأهليـة فى أول فبراير سنة ٩١٠ عدد ١٠٨ مجموعة سنة ١١ بأن عقد البيع المحرر بخط المشترى ولم يشهد عليه أحد ولم يسجل الاَّ قبل وفاة البائع بيومين يعتبر كأنه عمل فى مرض الموت ولو كان تاريخ تحريره قبل ذلك بثمانية أشهر

وقد جاء فى حيثيات هذا الحكم أن المحكمة لم تعول على التاريخ العرفى لعدم تنفيذ العقد من التاريخ المذكور ولعدم وجود أثر له فى الدفاتر واستنتجت من ذلك أنه محرر فى مرض الموت قرب عهد الوفاة خصوصاً وأنه كان مكتوباً بخط المشترى وخالياً من الشهود

٩٨٧ — وحكم بأنه على الوارث الذى يطلب بطلان البيع الحاصل من مورثه لاحد الورثة لحصوله فى مرض الموت ان يثبت أن هذا المورث الذى مات بمرض كالسرطان أو السل لم يمكث مرضه اكثر من سنة — محكمة الاستئناف ٨ مايو سنة ١٩٠٧ عدد ٩٩ مجموعة رسمية

ويشير الحكم الى الرأى الشرعى القائل بان التصرف الحاصل من المريض يعتبر صحيحاً اذا طال مرضه بعد صدور العقد اكثر من سنة لا أن التصرف من المريض الذى طال مرضه سنة فاكثر يكون صحيحاً ولو كان قبل موته ببضعة اشهر

٩٨٨ — وليس للوارث أن يحتج بعدم تسجيل العقد بل يجب عليه الاذعان لكل ما هو محرر من مورثه ما لم يثبت بطريقة أكيدة أنه عمل للاضرار به — « حيثيات حكم محكمة الاستئناف الرقيم أول ابريل سنة ١٩١١ عدد ٩٦ سنة ١٢ مجموعة رسمية ومادة ٢٦٦ مدنى فقرة أولى »

٩٨٩ — وهنا يجب التنويه الى أن أحكام هذا الباب لا تكون مرعية الاَّ فى

حق البائع الذى يحكم فى أهليته الشخصية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية مادة ٣٢٣ مختلط فقرة أولى

في انطباق هذه الأحكام على الوطنيين فقط

وعلى هذا لا تسرى هذه الأحكام قبل البائع اذا كان أجنبياً لانهـا متعلقة بمسائل المواريث وهذه يحكم فيها بحسب ملة كل شخص — راجع جرانمولان فقرة ٣٠ ص ١١ كتاب العقود

٩٩٠ — وقد رتب القانون المختلط على ذلك أن أحكام المواد ٣٢٠ و ٣٢١ و ٣٢٢ منه لا تضرّ بحقوق المرتهنين للمبيع ولا من انتقلت اليهم ملكيته من المشترى متى كانوا معتقدين صحة الرهن أو التمليك وبعبارة أخرى متى كسبوا هذه الحقوق بحسن قصد ونية سليمة — مادة ٣٢٣ فقرة ثانية

٩٩١ — وذلك تطبيق للمبدأ العام الذى قرره الشارع فى المادة ٧٨ مختلط ومقتضاه أن الاحكام المتعلقة بفسخ ملكية الاموال الثابتة وردها لمستحقيها بسبب تجاوز الواهب أو الموصى حد النصاب أو عدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعاً أو نحو ذلك لا تضر بحقوق من انتقلت اليهم ملكية الأموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى اليه ولا بحقوق الدائنين المرتهنين اذا كان التمليك حصل اليهم وهم معتقدون صحة ملكيته وتصرفه وقد علل ذلك مسيو جرانمولان بأن هذا النص لا بد منه تأييداً للثقة العقارية — راجع فقرة ٣٠ ص ١٢ من كتابه

في تحديد صفة الوارث ووقته

٩٩٢ — وحيث فرق القانون بين البيع لوارث ولغير وارث فهناك فائدة ظاهرة فى تحديد صفة الوارث والغير الوارث والوقت الذى تعتبر فيه هذه الصفة أهو وقت البيع أم وقت وفاة البائع فى مرض الموت

٩٩٣ — أما تحديد صفة الوارث وغير الوارث فهذا أمر يرجع فيه للشريعة الاسلامية لمن كان خاضعاً لها — مادة ٥٤ أهلى و ٧٧ مختلط

٩٩٤ — وحكمت محكمة الاستئناف الأهلية فى ١٥ ابريل سنة ١٩١٢ عدد ١٠٦ مجموعة رسمية سنة ١٣ بأنه اذا أوصى شخص لاحفاده بمقدار نصيب والدهم المتوفى فى

تركته فلهم وقد حلوا محل أبيهم حق الطعن فى البيع الصادر من جدهم لباقى أولاده باعتبارهم (كورثة) طبقاً للمادة ٣٥٤ مدنى

وقد ألغت محكمة الاستئناف بهذا الحكم حكم المحكمة الابتدائية القاضى باعتبار أولاد الإبن المتوفى موصى لهم لا ورثة وباعتبار البيع الصادر من الجد عدول عن الايصاء في المقدار المبيع

والظاهر أن رأى المحكمة الابتدائية موافق للمبادئ الشرعية لانه لا نزاع فى أن ابن الابن لا يرث مع وجود الابن اذ الابن يحجب ابن الابن (راجع مادة ٦٢١ من كتاب الاحوال الشخصية) ولهذا يلجأ الأجداد للوصية فهى الدواء الوحيد لعدم حرمان احفادهم من الميراث

فالقول بأنهم يعتبرون كورثة غير وجيه . على أن التمسك به لا يكون فى مصلحة الاحفاد لأنه لو أخذ به لما كان للوصية اعتبار اذ لا وصية لوارث . وعلى هذا يرجح الرأى القائل بأنهم لا يعتبرون ورثة

وحيث إن ما قررته المحكمة من أنه يجوز لورثة أى شخص أن يبطلوا وصية مورثهم ويسلبوا من الموصى اليه ما أراد أن يعطيه اليه اذ يكفى لأحدهم أن ينتهز فرصة مرضه قبل موته ويأخذ منه مبايعة بعقاراته ومنقولاته كلها أو بعضها ثم يتفق مع باقى الورثة على أجازة ذلك العقد الباطل قول غير مبنى على أساس لانه من المقرر أن للموصى أن يرجع فى وصيته . والرجوع يكون بالقول او الفعل . أى صراحة او ضمناً

كذلك قالت محكمة الاستئناف بأن البيع الحاصل فى مرض الموت لأحد الورثة باطل فى الأصل ولا ينفذ الاّ اذا أجازه باقى الورثة وان العقد الباطل لا يكون له معنى أو تأثيراً وعلى هذا لا يفيد العدول عن الوصية قول غير صحيح لان البيع ينعقد عند الشرعيين صحيحاً غير أنه لا ينفذ الاّ باجازة الورثة ولذلك قرروا بأن للوارث أن يأخذ نصيبه ثم لا يرده الاّ بعد الموت . وهذا هو ما يستفاد من صريح المادة ٢٥٤

٩٩٥ — أما مزية اعتبار المشترى من المريض مرض الموت وارثاً وقت البيع أو وقت الموت فهى أنه اذا اعتبرت صفة الوارث وقت البيع وكان البيع لغير وارث والمبيع يخرج من ثلث التركة كان البيع نافذاً بلا اذن الورثة ولو صار المشترى وارثاً عند الموت وحينئذٍ يسلم له المبيع با كمله ثم يزاحم الورثة أيضاً فى نصيبه كاملاً فى الثلثين الباقيين

أما اذا اعتبر وارثاً وقت الموت أخذ نصيبه فى الميراث فقط بنسبة جميع التركة وهو أقل بلا نزاع . وتظهر المسألة جلياً فيما اذا كانت المشترية زوجة فاكثر نصيب لها فى الميراث الربع مع انها اذا أخذت الثلث أولاً بالشراء اذا حصل قبل الزواج أى وهى أجنبية فتأخذ بعد ذلك الربع أو الثمن على حسب الأحوال عند الموت ومتى كانت تزوجت بالمتوفى

٩٩٦ — لا بد من الرجوع لاقوال الفقهاء لمعرفة ما يقررونه فى هذا الصدد ثم نطبقه على البيع

يفرق الشرعيون فى هذه المسألة بين حالتين : حالة الاقرار فى مرض الموت . وحالة الوصية وما فى حكمها

فيعتبرون فى الحالة الأولى المقر له وارثاً أو غير وارث بحسب صفته وقت الاقرار لأنه حكاية عن شىء ثابت فى الماضى ويعتبر ملزماً بنفسه ولا يتوقف على شرط زائد كتوقف الوصية الى الموت (راجع مادة ٥٦٥ أحوال شخصية) . وانما يشترط أن لا يكون سبب الأرث قائماً وقت الأقرار كأخ محجوب بابن بل يحدث بعد الأقرار كامرأة أجنبية منه ثم تزوجها بعد الاقرار فلو أقر لهذه المرأة بدين ثم تزوجها ومات صح الاقرار لانها كانت أجنبية وقت الاقرار وان كانت وارثة وقت الموت ولكن سبب الارث كان غير موجود وقت الاقرار فانتفت تهمة الايثار

ويعتبرون فى الحالة الثانية الشخص وارثاً أو غير وارث وقت موت الموصى لا وقت الوصية أو ما فى حكمها وذلك لأن التمليك فى الوصية لا يكون فى الحال بل

هو مؤخر الى ما بعد الموت فيعتبر اتصاف الموصى له بهذا الوصف وقت التمليك لا قبله فلو أوصى لزوجته ثم طلقها صحت الوصية

٩٩٧ — ويستنتج من هذا انهم ينظرون في اعتبار الوارث وغير الوارث لوقت الالزام والتمليك بشرط نفى تهمة الإيثار

ولما كانت الوصية لا تلزم الموصى الاّ بعد موته وكان له الرجوع فيها في حياته فلا محل للنظر في صفة الموصى له ان كان وارثاً او غير وارث الاَّ فى الوقت الذى يصح له فيه تملك الوصية (٥٤٣ و٥٤٤ احوال شخصية) بعكس الاقرار فانه ملزم بنفسه

٩٩٨ — ولما كان البيع ملزماً للعاقدين فى الحال وناقلاً للملك بمجرد التعاقد (مادة ٢٦٦ مدنى) فهل ينظر الى صفة الوارث وعدمها وقت البيع أو وقت موت البائع

من السهل الاجابة اذا جعلنا رائدنا الأمرين السابقين ولكن المسألة تحتاج الى التفصيل

ويمكن حصر الأحوال التى يحصل فيها التصرف بالبيع بالكيفية الآتية : —

أولاً — بيع فى مرض الموت لوارث وقت البيع ووقت الموت — يتوقف على تصديق الورثة

ثانياً — بيع فى مرض الموت لوارث وقت البيع كأخ ثم أصبح غير وارث عند الموت لوجود ابن — يعتبر المشترى غير وارث وينفذ اذا كان البيع يخرج من الثلث لأن للمورث أن يتصرف فى ثلث ماله لغير الوارث

ثالثاً — بيع لغير وارث من الأقارب صار وارثاً عند الموت كأخ بعد موت الابن — يأخذ نصيبه في الميراث فقط لأن القول بغير ذلك مؤدٍ لتغيير أحكام الميراث

رابعاً — بيع لغير وارث عند البيع وعند الموت — ينفذ اذا خرج من الثلث

خامساً — بيع لأجنبى وقت البيع أصبح وارثاً وقت الموت كأجنبية تزوجها البائع بعد البيع ثم مات — تعتبر وارثة ويجب تصديق الورثة

٩٩٩ — وقد يقال مع ذلك ان القانون المصرى جنح الى الرأى القائل باعتبار صفة الوارث وغير الوارث عند البيع لأنه اعتبر فى تقدير قيمة المبيع — لمعرفة ما اذا كانت زائدة على ثلث المال أو غير زائدة — وقت البيع إذ هو وقت التعاقد واظهار قصد المتعاقدين — انظر مادة ٢٥٦

١٠٠٠ — ولكن لمن ذهب الى أن البيع من مريض مرض موت لغير وارث منه كأخيه المحجوب بابنه هو بيع ساتر لهبة خصوصاً اذا أيدت القرائن ذلك أن يقول بأن يعطى البيع حكم الهبة لأن المريض مرض موت فى العادة يخفى غرضه من الهبة فى صورة البيع هرباً من الهبة الصريحة التى لا تصح قانوناً الاّ بعقد رسمى — راجع مادة ٤٨ مدنى

١٠٠١ — أما الشرعيون فيعطون الهبة الحاصلة فى مرض الموت حكم الوصية ويقولون إنها وان كانت منجزة صورة الاّ أنها كالعقود المضافة الى ما بعد الموت حكماً فلا يعتبر فيها الوارث ولا غير الوارث الاّ وقت الموت . فاذا وهب لأجنبية هبة ثمّ تزوجها بعد ومات بطلت الهبة كما تبطل الوصية لأنها لوارث ولا تصح الاّ بتصديق الورثة — راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٦ وشرح الاحوال الشخصية ص ٣٢٠

١٠٠٢ — وعندى أن يعمل بالرأيين بحسب ظروف الأحوال فان تبين أن البيع كان بقصد الاخلال بالتوريث وايثار بعض الورثة رُد على المورث قصده واعتبرت الصفة وقت الموت والاّ فلا

١٠٠٣ — قرّر القانون أن البيع لوارث لا ينفذ الا اذا أجازته باقى الورثة ففى أى وقت تحصل الاجازة . هل وقت البيع أو بعد الموت . وممن يجب أن تحصل . وهل يجوز الرجوع فيها أو لا يجوز . وهل تجب اجازة جميع الورثة أو تصح اجازة البعض؟ فى الاجازة ووقتها

١٠٠٤ — اذا رجعنا الى الشريعة الاسلامية نجد أنهم نصوا صراحة فى الوصية على أنه يجب أن تكون اجازة الورثة بعد موت الموصى لان الاجازة لا تكون الاّ بعد ثبوت الحق وهو لا يثبت الاّ بعد الموت . فاذا أجازوا فى حال حياته فالاجازة

لا تفيد لأنها قبل ثبوت الحق . وعلى هذا كان لهم أن يردوا الوصية بعد الوفاة — « ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٠ »

١٠٠٥ — أما فى حالة الاقرار فى التصديق عليه رأيان : قال بعضهم إنه يكون بعد الموت ولا عبرة باجازة الورثة قبله

وقال آخرون بأنه يجوز قبل الموت . فاذا صدق الورثة على اقرار المريض لوارثه فى حياته فلا يحتاج الحال لتصديقهم بعد وفاته — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٨٣

فيما يتعلق بالبيع ١٠٠٦ — جاء فى ابن عابدين بأن بيع المريض لوارثه يتوقف على اجازة باقى الورثة أو على صحة المريض . فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم تجز الورثة بطل — جزء رابع ص ١٤٦

ويؤخذ من هذا أن اجازة البيع تكون بعد الموت والعلة مفهومة لأنه وصية

١٠٠٧ — أما المالكية فقد ذهبوا الى أنه اذا أجاز وارث وصية مورثه قبل موته فيما له رده بعد الموت — كما لو كانت الوصية لوارث أو بأكثر من الثلث — فتلزمه الاجازة ما لم يكن له عذر وقتها بأن كان فى نفقة الموصى ويخشى أنه إن لم يجز وصيته قطع عنه نفقته أو كان عليه دين يخشى مطالبته به ففى هذه الأحوال لا تلزمه الاجازة لأنه أجاز معذوراً — شرح الخرشى ص ٤٢٢ جزء ٥

يستخلص مما تقدم أن الأرجح فى اعتبار الاجازة أن تكون بعد الموت فان كانت قبله جاز الرجوع فيها لأنها قبل ثبوت الحق

١٠٠٨ — وقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأن القواعد الشرعية تقضى هى والقانون بعدم صحة التنازل عن الحقوق قبل وجودها واكتسابها اذ الانسان انما يتنازل عما ثبت له وملكه — ٢٩ مايو سنة ١٨٩٣ حقوق سنة ٩ ص ٢٢٥ تعليق على مادة ٢٥٦ جلاد

١٠٠٩ — ويجب أن تحصل الاجازة من الورثة وهم كبار أى حائزون للأهلية الشرعية فلا تجوز اجازة الصغير ولا المجنون — مستفاد من ابن عابدين ج ٥ ص ٤٣٤

١٠١٠— وحكمت المحكمة المختلطة بأنهُ يجب أن تتوفر فى اجازة الورثة شرطان:

وهما العلم بفساد البيع و بطلانه . ثم قصد تصحيح هذا البطلان . ولا تستنتج الاجازة من حضور باقى الورثة أثناء جرد التركة التى دوّن فى محضرها عقد البيع اذا كان الورثة يجهلون العيب اللاحق بهذا البيع (أى حصوله فى مرض الموت) — راجع حكم ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ سنة ٩ ص ١٧١ فقرة ٤٦٥١ مجموعة اولى

١٠١١ — وكذلك حكمت المحكمة الأهلية بأنهُ اذا ذكر فى عقد اتفاق تحرَّر بين الورثة أن الأشياء التى باعها مورثهم لأحدهم انتقلت ملكيتها اليـه بمقتضى عقد البيع فهذا الاتفاق لا يمنع هؤلاء الورثة من الطعن فى العقد بأنه عمل فى مرض موت مورثهم إلاَّ اذا ثبت أنهم كانوا يعلمون وقت امضاء الاتفاق المحرر بينهم أن لهم الحق فى الامتناع عن التصديق على البيع — الاستئناف أول فبراير سنة ٩١٠ عدد ١٠٨ ص ٢٩٦ مجموعة سنه ١١

١٠١٢ — وقد لخصت محكمة الاستئناف فى احدى حيثيات هذا الحكم الشروط اللازمة لصحة الاجازة فقالت بأنه يفرض فى الاجازة المسقطة لحق الدفع بالبطلان (الأصح بعدم النفاذ) بناءً على حصول التصرُّف فى مرض الموت أن يكون المجيز عالماً بوجه البطلان . وأن يكون ظاهراً من العقد أن القصد منه — مع هذا العلم — هو اثبات التنازل عن التمسك بذلك البطلان . لأنه من مقتضى الاجازة ترك التمسك بحق والترك يقتضى العلم بالشروط والمجهول ليس محلاً له — قارن أيضاً فى ذلك المادة ١٣٣٨ فرنساوى التى تكلمت على الاجازة والتصديق(١)

---

(١) هذا هو نص مادة ١٣٣٨ فرنساوى

العقد الصادر بالتصديق أو باجازة تعهد أجاز القانون الطعن ببطلانه أو نقضه لا يعتبر صحيحاً الا اذا كان مشتملا على موضوع التعهد القابل للطعن وعلى ذكر وجه الادعاء بالفسخ وعلى قصد العاقدين من تصحيح العيب المبنى عليه دعوى البطلان

فاذا لم يوجد عقد بالتصديق أو الاجازة فيكتفى بتنفيذ التعهد باختيار المتعاقدين بعد انقضاء المدة التى يجوز فيها التصديق على التعهد أو اجازته اجازة وتصديقاً صحيحين

والتصديق على التعهد أو اجازته أو تنفيذه باختيار العاقدين بحسب الأوضاع وبعد المدة المقررة قانوناً يترتب عليه ترك الأوجه والدفوع الجائز ابداؤها للطعن في التعهد وذلك مع عدم الاخلال بحقوق الغير

مضمون الاجازة واثباتها

١٠١٣ — فالاجازة معناها ترك الحق فى الطعن فى ابطال العقد — بلانيول فقرة ١٢٩٣ جزء ثان

١٠١٤ — ويتبع فى اثبات الاجازة جميع القواعد القانونية المقررة للاثبات فما جاز اثباته بشهادة الشهود جاز اثبات التصديق عليه أواثبات اجازته — بلانيول فقرة ١٢٩٧ جزء ثان

١٠١٥ — والاجازة إما أن تكون صريحة أو ضمنية

والاجازة الضمنية تنشأ من الأعمال الدالة على ترك الحق فى طلب البطلان كالتنفيذ الاختيارى بعد العلم بوجه الفساد وقت بلوغ الرشد . ولا يشترط مع ذلك تنفيذ التعهد القابل للبطلان بأكمله بل تنفيذ البعض كاف — بلانيول فقرة ١٢٩٨ جزء ثان

فالاجازة الضمنية تستفاد من الظروف ويترك تقديرها للقضاء

١٠١٦ — وقد حكمت المحكمة المختلطة بأن مجرد حضور الورثة أثناء جرد تركة دوّن فيها البيع الحاصل أثناء مرض الموت ودلت الظروف على أن الورثة يجهلون العيب اللاحق به لا يفيد الاجازة المعتبرة — حكم المحكمة المختلطة فى ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ فقرة ٤٦٥١ مجموعة أولى وانظر الحكم الوارد بفقرة ١٠١١ السابقة

فى الاجازة الصادرة من وارث مريض

١٠١٧ — وقد نص الفقهاء على أن اجازة المريض كابتداء وصية بمعنى أنه اذا كان الوارث مريضاً مرض موت فأجاز تصرُّف مورثه الذى كان مريضاً أيضاً ينظر إن برئ الوارث المذكور من مرضه صحت اجازته وان مات من ذلك المرض فلا تجوز اجازته إلاَّ بتصديق ورثته بعد موته ان كان التصرُّف لوارث وتعتبر الاجازة من الثلث ان كان التصرُّف لأجنبى

وهو رأى لامانع من الأخذ به فى القانون لأن الاجازة هنا عبارة عن ترك للحق وفيه إضرار بالورثة غير أنه قد يعترض عليه بأن ترك الحق فى الطعن ليس بيعاً والقانون لم ينص إلاَّ على البيع

فى اجازة بعض الورثة

١٠١٨ — ولا يشترط اجازة جميع الورثة . فاذا أجاز بعضهم ولم يجز البعض الآخر صحت اجازة المجيز بقدر حصته — انظر ابن عابدين ص ٤٣٤ ج ٤

١٠١٩ — وهذا ما جرت عليه محكمة الاستئناف الأهلية فقد قررت فى حكمها الرقيم ١٥ ابريل سنة ١٩١٢عدد ١٠٦سنة ١٣ بأن البيع لاينفذ إلاّ على من أجازه من الورثة فيأخذ المشترى جزءاً من المبيع مناسباً لنصيبه فى التركة . وذلك لأنه لا يصح لأحد أن يتبرَّع بمال غيره ولا أن يتنازل عن حق الغير — راجع الحيثيات

١٠٢٠ — ولما كانت العقود التى تلحقها الاجازة هى العقود الباطلة بطلاناً نسبياً لا بطلاناً أصلياً (بلانيول فقرة ١٢٩٦ جزء ثان) كان ذلك دليلاً على أن البيوع الصادرة فى مرض الموت باطلة بطلاناً نسبياً وحينئذٍ يكون احتمال الضرر فيها جائزاً

١٠٢١ ويتفرَّع على هذا أن يكون من الخطأ حفظ القضايا الجنائية المطعون فيها بالتزوير بدعوى حصولها فى مرض الموت أو الحكم ببراءة المتهمين فيها بل يجب السير فى تحقيقها وطلب العقاب عليها لأن العقد المزوّر الذى لا ينتج ضرراً هوالباطل بطلاناً أصلياً . أما هنا فالعقد قابل للبطلان كما يستفاد من تعبير القانون نفسه فى قوله « لا ينفذ البيع . . . . إلا اذا أجازه . . . . »

وقد قررت محكمة النقض والابرام بأنه اذا كانت الورقة قابلة للبطلان لا باطلة بطلاناً أصلياً فالحكم على المتهم فى محله

١٠٢٢ — كذلك حكم بأن الورقة المزوَّرة اذا كانت صحيحة فى الأصل ولكنها أصبحت باطلة بسبب اهمال أحد الاجراآت اللاحقة الواجب اتباعها قانوناً فيكون فى هذه الحالة احتمال حصول الضرر موجوداً وبه تم أركان جريمة التزوير — « حكم رقيم ٢٩ فبراير سنه ١٩٠٨ وقرار قاضى الاحالة الرقيم ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٧ مجموعة رسمية س ٩ عدد ٥٧ ص ١٢٦ »

١٠٢٣ — والاجازة عقد ملزم لجانب واحد لأنها عبارة عن ترك الحق فى الطعن وعلى هذا تتم وتصير نهائية بمجرَّد صدورها من المجيز العاقل بلا ضرورة لقبولها من المتمسك بالعقد المطعون فيه . ومتى صدرت ارتبطت ارادة المجيز بها ولم يكن له أن يرجع فيها — فقرة ١٢٩٩ بلانيول جزء ثان فى مفعول الاجازة

١٠٢٤ — والاجازة تعتبر مؤيدة لعقد البيع الصادر من المريض لا منشئة له :

فانه من المعلوم أن البيع القابل للبطلان النسبي ينتج مفعوله من وقت صدوره ولا يزول مفعوله إلاَّ بالحكم القاضي بالبطلان فانه هو وحده الذى يجعله كأن لم يكن أما اذا أجيز فان مفعوله يستمر — بلانيول فقرة ١٣٠٠

١٠٢٥ — وإنما يجب أن لا يترتب على حصولها ضرر للغير طبقاً لقواعد الاجازة المقررة

ويقصد بالغير هنا من كسب حقوقاً منافية للحقوق المترتبة على تأييد العقد. مثال ذلك ما اذا باع قاصر عقاراً أثناء صغره ثم رهنه بعد بلوغ رشده فالرهن يتضمن إبطال البيع . فاذا أجاز البيع مع ذلك تبع الرهن العين المبيعة بالرغم من الاجازة لأن الرهن حصل والمتصرّف أهل للتصرُّف ولا بد لاعتبار الاجازة من احترام حقوق الغير الذى يكون تلقى حقاً خاصاً من المتصرف

اما من يتلقون الحق من المتصرف المذكور بصفة عامة كالورثة أو الدائنين العاديين فهؤلاء تسرى عليهم أحكام الاجازة بلا قيد ولا شرط لأن الورثة يحلون محل المورث فى جميع تعهداته . والدائنين العاديين لا يجوز لهم الطعن الا فى الأعمال الصادرة بتدليس بقصد الاضرار بحقوقهم — بلانيول فقرة ١٣٠١ جزء ثان ومادة ١٣٣٨ ف

١٠٢٦ — وقد راعى ذلك القانون المختلط فنص فى المادة ٣٢٣ منه على أن الفسخ أو انقاص البيع الى الثلث لا يضر بحقوق الغير المرتهن رهناً عقارياً أو من انتقلت اليهم ملكية المبيع بعوض متى كان اكتسابهم لهذه الحقوق بحسن نية

ولكن هذا النص غير وارد بالقانون الأهلى وعلى هذا لا يكون معمولاً به الاَّ قِبل الدائنين الأجانب أما الدائنون الوطنيون فتسقط حقوقهم لأن أحكام الشريعة الاسلامية سارية عليهم

نفاذ البيع بأكمله عند عدم وجود ورثة

١٠٢٧ — اذا لم توجد ورثة للبائع المريض مرض موت فالبيع الصادر منه صحيح بأكمله سواء كان المشترى وارثاً أو غير وارث لأن علة عدم النفاذ وهى مراعاة حقوق الورثة غير موجودة حيث لا ورثة . ولهذا فلا يعلق النفاذ على تصديق الورثة

اذا كان المشترى وارثاً كما لا محل لقصر النفاذ على الثلث إن كان المشترى غير وارث

وقد قرَّر ذلك الفقهاء بالنسبة لاقرار المريض لوارث ليس له غيره أو الوصية للوارث المذكور فلو أوصى لزوجته بالنصف أخذت الكل لأنها تملك النصف الباقى بالميراث — راجع ابن عابدين ج ٥ ص٤٣٤ و ج ٤ص ٤٨٣

في نقل الملك

١٠٢٨ — أما ما يترتب على البيع بالنسبة لعلاقة البائع بالمشترى فانه ينقل الملك فى الحال الى المشترى عملاً بنص المادة ٢٦٦ أى يعتبر فيما بينهما صحيحاً نافذاً ولهذا جاز للمشترى طلب تنفيذه واستلام العين كما سيجئ بلا توقف على اجازة الورثة وذلك لأنه اما أن يبرأ المريض وحينئذٍ يلحق حكم تصرفه بالصحيح أو يموت وحينئذٍ للورثة أن يجيزوا البيع وإن أجازوه فيعتبر صحيحاً من وقت صدوره

في التنفيذ

١٠٢٩ — اذا باع المريض مرض موت لوارث أو لغير وارث فهل يجب عليه تسليم المبيع قياماً بالتعهد . أو ينتظر حتى يموت لان البيع للوارث معلق على اجازة باقى الورثة ولغير الوارث لا ينفذ الاَّ من الثلث ؟

قرَّر الشرعيون فى كتب الفقه أن تصرفات المريض نافذة وانما تُنقض بعد الموت — ابن عابدين ص ٤٨٤

وقالوا بأنه اذا أقرّ المريض مرض موت لوارثه يؤمر فى الحال بتسليم ما أقرّ به الى الوارث فاذا مات يرده — ابن عابدين ص ٤٨٤ ج ٤

١٠٣٠ — ولا نزاع فى أنه يجب بمقتضى القانون على البائع أن يسلم المبيع عملاً بنص المادة ٢٦٦ منه لأنه يترتب على البيع الزام البائع بتسليم المبيع للمشترى . وفى العادة يقر البائع فى العقد باستلام الثمن ان كان العقد هبة فى صورة بيع فيكون ذلك مسقطاً لحقه فى حبس العين المبيعة

وفى الواقع فلا محل لتأجيل التنفيذ لاحتمال أن يبرأ المريض من مرضه فيعتبر تصرفه صحيحاً غير قابل للطعن وعلى هذا تكون ملكية المبيع منتقلة فى الحال أى بمجرد التعاقد الى المشترى وله أن يتصرف فيما اشتراه بسائر التصرفات الجائزة شرعاً

١٠٣١ — اذا صدر البيع فى مرض الموت واشترط فيه البائع تنازله عن الثمن واستبقاء المبيع تحت حيازته لحين وفاته فالعقد يعتبر وصية و يأخذ من باب أولى حكمها
« قارن فى ذلك حكم محكمة طنطا الاستئنافية الرقيم ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ عدد ٤٥ »

الفرع الثالث — فى رضاء المتعاقدين

قوانين مصرية

مادة ٢٤٨ — يجب أن يكون رضاء المتعاقدين صحيحاً مجرداً عن الاكراه

مادة ٣١٤ مختلط — مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٢٦٢ مرشد الحيران — يشترط لصحة البيع رضاء المتعاقدين بالبيع والشراء من غير اكراه ولا اجبار

١٠٣٢ — من شروط صحة البيع توفر الرضاء الصحيح المجرد عن الاكراه والغلط والتدليس لأن البيع تعهد فيجب أن تتوفر فيه شروط صحة التعهدات —
« مادة ١٢٨ و ٢٤٨ أهلى فقرة ١٨٨ و ٣١٤ مختلط »

١٠٣٣ — وعلى هذا يتبع فى شأنه من جهة كيفية حصول الرضاء . و بيان العيوب المفسدة له . والوقت الذى يتمّ فيه اذا حصل شفهاً . أو كتابة . أو بالمراسلة . القواعد العمومية الواردة فى باب التعهدات

والتراضى يجب أن يحصل بالنسبة لركنى البيع وهما المبيع والثمن . فلايكون صحيحاً اذا وقع فى أحدهما عن غلط أو حصل باكراه أو تدليس

وانا لنقتصر هنا على ذكر بعض الأحكام الخاصة بالبيع

١٠٣٤ — لصحة البيع يجب أن يكون الرضاء من شخص حائز لتمام قواه العقلية وعلى هذا يبطل البيع الصادر من شخص فى حالة سكر أفقده رشده وجعله بحال لا يستطيع معها أن يبدى رضاء صحيحاً — باندكت فقرة ١٣٣ — بيع ج ٥٩ احكام

١٠٣٥ — لا يبطل البيع الصادر من شيخ عمره ٨٢ سنة بثمن يقلّ كثيراً عن القيمة الحقيقية ارتكاناً على عدم سلامة عقله اذا تبين من ظروف الدعوى أنه فعل ذلك مدفوعاً بكراهته لابنته الوحيدة لا بدافع الجنون

وعلى أى حال لا يجوز ابطال مثل هذا البيع بعد وفاة البائع اذا كانت ابنته قدمت طلباً للحجر على والدها ولم تتخذ بعد ذلك الاجراآت اللازمة لتتبع سير الطلب — باندكت فقرة ١٣٥ بيع ج ٥

١٠٣٦ — فى حالة بيع منقول بيعاً منجزاً كبيع حجر نفيس مثلاً فما يكون معتبرًا فى العقد هو تركيب الحجر من جهة البائع والشراء بثمن معين من جهة المشترى فاذا اتفق المتعاقدان على هذا الأمر وعلى المبيع فيكون رضاؤهما خلواً من الغلط — « مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ سنة ١٧ ص ٧٣ فقرة ٤٣٣٨ مجموعة ثانية »

١٠٣٧ — الشخص الذى يعقد بيعاً باسمه دون أن يكون مالكاً للمبيع يعتبر أنهُ تعاقد بصفته وكيلاً بالعمولة وعلى ذلك يكون التعاقد صادراً منه شخصياً . فاذا طُلب بطلان البيع لفساد الرضاء وجب النظر فى الرضاء الحاصل منه هو شخصياً لمعرفة ما اذا كان الرضاء مشوباً بعيب الغلط كما يدعى أو غير مشوب — مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ سنة ١٧ فقرة ٤٣٣٧ مجموعة ثانية

١٠٣٨ — يبطل العقد لغلط واقع فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد اذا أراد المشتري شراء عُلبة قديمة مصنوعة فى عهد لويس الثالث عشر فسلمه البائع علبة من الصناعة الحديثة ولو كانت على طراز عهد لويس الثالث عشر أى تقليداً للأولى — « باندكت فقرة ١٣٩ و ١٤٠ بيع ج ٥٩ ».

١٠٣٩ — ولكن لا يجوز إبطال البيع بحجة وجود تصليح فى بعض الأجزاء أو تجديد فيها اذا ثبت أن الشيء المبيع قديم حقيقة كما اتفق المتعاقدان الاَّ اذا تبين أن البائع كان ضامناً لذلك أيضاً — شرحه فقرة ١٤٢

١٠٤٠ — وصفات الشيء ولو كانت غير أصلية يجوز أن تعتبر جوهرية اذا كان المتعاقدان تعاقدا بمراعاتها . فمن لم يقبل شراء مواد غذائية تصلح لتسمين المواشى الاَّ اعتماداً على صفاتها الواضحة فى الاعلانات المنشورة عنها له الحق فى طلب بطلان البيع لغلط فى الرضاء وليس فى نوع البضاعة اذا كانت البضاعة المسلمة له لا تحتوى على التراكيب والصفات المبينة فى الاعلان السابق ذكره — شرحه فقرة ١٥٤

١٠٤١ — اذا سلمت بضاعة باعتبار أنها من أجود صنف ولا نظير لهـا فتبين أنها بالعكس من صنف واطىء عد ذلك غلطاً فى الصفات الجوهرية من شأنه الاخلال برضاء المشترى وكذلك لو عرضت كذباً باعتبار أنهـا من أصناف ذات علامة خاصة — شرحه فقرة ١٥٥

١٠٤٢ — ويبطل البيع لحصول غلط فى الرضاء ولو عُنى البائع بالنص فى الشروط على أن البضاعة بيعت جملة واحدة بغير ضمان (ساقطة الخيار) وبحالتها التى هى عليها هرباً من مسئوليته . وبيع المشترى للبضاعة التى فك طرودها وهو لا يعلم بما تحتوى عليه باقي الطرود الغير المفكوكة لا يجعل العقد صحيحاً متى كان باطلاً لفساد الرضاء « شرحه فقرة ١٦٠ »

١٠٤٣ — ويبطل كذلك الرضاء لغلط فيه اذا سلمت أبسطة مشتراة من عينة مخصوصة فسلم غيرها خالٍ من الأوصاف الباعثة على الشراء خصوصاً اذا كان النوع المسلم يباع فى السوق بسعر أرخص مما حصل الشراء به — شرحه فقرة ١٦٠

١٠٤٤ — وكذلك تسليم ماكينة خياطة من صناعة وتركيب مختلف متى ثبت أن الباعث على الشراء هو علامة شركة مخصوصة (فى الدعوى شركة سنجر) — « شرحه فقرة ١٦٢ »

١٠٤٥ — وبائع السماد المعروف بأنه محتوٍ على كمية مخصوصة من العناصر المفيدة للتسميد يجب عليه أن يعلم المشترى بنقص الكمية المذكورة إذا سلمه بضاعة ناقصة عن القدر المتعارف . ولا يعفيه من ذلك عدم بيان الكمية فى الاعلانات الصادرة منه عن هذا السماد فان عدم النص فى الاعلان يجعل المشترين يعتقدون أن السماد يحتوى على الكمية التي تعورفت لذلك الوقت — باندكت فقرة ١٦٣

١٠٤٦ — أما اذا حصل الغلط فى قيمة الشيء المبيع لا فى أصل الصفات المعتبرة فى العقد فلا ينبنى عليه بطلان — شرحه فقرة ١٦٨

١٠٤٧ — ومن يرسى عليه مزاد اشتراه بناء على الاعلانات المنشورة عنه فظهر

أنه غش فى قيمته الحقيقية والصفات القانونية فيه لا فى نفس العقار وملحقاته لا يجوز له طلب بطلانه لحصول غلط فى الرضاء — شرحه فقرة ١٧٧

١٠٤٨ — واذا حصل خطأ فى ذكر الحدود لعقار مبيع فذلك لا يعد غلطاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد كأن ذكر أنه محدود من إحدى جهاته بشارع عام فاذا بها أرض للحكومة ومنعت الحكومة فتح نوافذ ومطلات عليها خصوصاً اذا لم يبين الغرض الأصلى من الشراء ولم يستعمل البائع طرقاً احتيالية لحمل المشترى على الشراء حتى ولو قلت قيمة العقار بسبب ذلك — شرحه فقرة ١٧٣ (١)

١٠٤٩ — والغلط فى الثمن لا يعتبر غلطاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد — فاذا قوّم البائع البضاعة بسعر أقل من سعرها الحقيقى خطأً فلا يجوز له طلب البطلان لذلك — شرحه فقرة ١٨٧

١٠٥٠ — وحكم بأن الادعاء فى عقد التنازل عن محل تجارى وعن حق تأجيره بأن قيمة الايجار هى ٣٠٠٠ قرشاً والواقع أنها ٤٠٠٠ قرشاً يجعل البيع باطلاً لغلط فى أصل الموضوع متى تبين للقاضى أنه لو كان المشترى وقف على حقيقة القيمة لما تعاقد — « داللوز فقرة ١٢٩ مادة ١٥٨٢ »

١٠٥١ — والتدليس كذلك مفسد للرضاء وذلك اذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى — « مادة ١٣٦ اهلى و ١٩٦ مختلط »

١٠٥٢ — فبيع محل بناء على تأكيد وكيل البائع للمشترى أن البائع استخرج شهادة من قلم السوابق تفيد انه خال من السوابق ثم تبين أنه فى وقت البيع حكم عليه بعقوبة يكون باطلاً لفساد الرضاء بالتدليس — باندكت فقرة ٢٠١ بيع ج ٥٩

١٠٥٣ — ووصف البضاعة بأوصاف كاذبة تجعل المشترى يخطىء من جهة مصدر البضاعة يعد من طريق التدليس الكافية لإبطال البيع — شرحه فقرة ٢٠٢

---

(١) انظر الكلام على بطلان البيع لعدم العلم بالمبيع فى الفرع الآتى

١٠٥٤ — ويجب أن يراعى فى تقدير الحيل المستعملة معلومات المشترى التجارية ودرجة التناسب بينها وبين ما يشتريه وعلى هذا يبطل البيع الصادر الى امرأة بسيطة بيعت لها سندات يدفع ثمنها على أقساط شهرية بعد تفهيمها بأن قيمتها تدفع لها بأكثر مما اشترت فى ميعاد قصير كذباً — فقرة ٢٠٨ تعليقات داللوز

١٠٥٥ — وكذلك بيع سندات منحطة القيمة الى امرأة عجوز (فى الدعوى عمرها ٨٠ سنة) بطريق خدعها وتفهيمها بأنها تضع نقودها على رهن — فقرة ٢٠٩ منها

١٠٥٦ — أما اذا كان المشترى يقتصر على مدح بضاعته لترويجها ويدعى أنها طلبت منه بأسعار عالية فذلك لا يعد تدليساً — فقرة ٢٢٠ باندكت بيع ج ٥٩

١٠٥٧ — وعلى هذا حكم بأن ذكر بيانات مبالغ فيها فى الاعلان عن بيع املاك لا يكوّن طرق التدليس الكافيـة لفساد الرضاء المستوجب لإبطال العقد — « داللوز فقرة ١٤٦ مادة ١٥٨٢ »

١٠٥٨ — وخلاصة القول أن للقضاة حق تقدير ما اذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين للآخر يترتب عليها فساد الرضاء لأنه لولاها لما رضى الطرف الآخر أو لا يترتب لأنه لا تأثير لها على رضائه

الفرع الرابع

فى وجوب علم المشترى بأوصاف المبيع الأصلية

(خيار الرؤية)

قوانين مصرية

٢٤٩ أهلى — يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً إما بنفسه أو بمن وكله عنه فى معاينته

٣١٥ مختلط — مطابقة لها

٢٥٠ — اذا لم يشاهد المشترى

شريعة اسلامية

مادة ٢٧٥ مرشد الحيران — يصح البيع والشراء لما لم يره العاقدان وقت العقد بشرط ذكر جنسه ووصفه أو بشرط الاشارة الى المبيع أو الى مكانه

غير أن البيع لا يكون تاماً ولا يلزم المشترى وان وقع العقد صحيحا

مادة ٢٧٦ منه — يشترط للزوم البيع

جزافاً إلاّ بعض المبيع وتبيّن أنه لو رآه كله لامتنع عن شرائه فليس له إلاّ أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه

ويسقط حقه فى طلب الفسخ اذا تصرّف فى الشيء المبيع بأى طريق كان

٣١٦ مختلط — تطابقهـا مع إضافة « برهنـه أو » بين الشيء المبيع وبأى طريق كان

٢٥١ أهلى — اذا ذكر فى عقـد البيع أن المشترى عالم بالمبيع سقط حقه فى طلب ابطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع إلاّ اذا أثبت تدليس البائع عليه

مادة ٣١٧ مختلط — مطابقة لها

٢٥٢ أهلى — بيع الأشياء التى لم يعاينها المشترى ولا وكيله فى المعاينة لا يكون صحيحاً إلاّ اذا كان عقد البيع مشتملاً على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكنه الكشف عليه وتحقيق حالته

٣١٨ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٥٣ أهلى — البيع للأعمى يكون صحيحاً اذا امكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينـة أو حصلت معاينة ممن عينه معتمداً عليه فى ذلك —

مادة ٣٢٠ مختلط — مطابقة لها

أن يرى المشترى المبيع وقت البيع أو يكون قد رآه قبله ثم اشتراه عالما وقت الشراء أنه هو مرئيه السابق

ورؤية الوكيل فى الشراء أو القبض ورضاه كرؤية الأصيل ورضاه

مادة ٢٧٧ منه — من اشترى شيئا وكان قد رآه هو أو وكيله فى الشراء فليس له أن يرده الا اذا وجده متغيراً عن الحالة التى رآه عليها

وتكفى رؤية ما يدل على العلم بالمقصود قبل الشراء فى سقوط خياره بعده

مادة ٢٧٨ منه — من اشترى شيئا ولم يره وقت شرائه وقبله فله الخيار اذا رآه ان شاء قبله وان شاء فسخ البيع ورده ولو كان قد رضى به قولا قبل رؤيته

مادة ٢٧٩ منـه — يثبت للمشترى حق فسخ البيع ورد المبيع الذى اشتراه بدون أن يراه ولو لم يشترط ذلك فى العقد ولا يتوقت خيار الرؤية بمدة ما لم يصدر منه ما يبطله قولا او فعلا أو بتعيب المبيع ونحو ذلك . ولا خيار للبائع فيما باعه ولم يره

مادة ٢٨٠ منه — يصح شراء الأعمى وبيعه لنفسه أو لغيره وله رد ما اشتراه بدون ان يعلم ما يعرف به المبيع من وصف او غيره وليس له رد ما اشتراه بعد وصفه له أو بعد جسه وذوقه وشمه او بعد نظر وكيله فى الشراء او وكيله بالقبض اذا قبضه ناظراً اليه

مادة ٢٨١ منه — الأشياء التى تباع على مقتضى انموذجها تكفى رؤية الأنموذج منها فان ثبت ان المبيع دون الأنموذج الذى اشتراه على مقتضاه يكون مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى او رده بفسخ البيع

مادة ٢٨٢ منه — يشترط للزوم البيع ان كان المبيع داراً او خانا رؤية كل حجرة او قاعة منها الا ان كانت مصنوعة على نسق واحد فيكتفى برؤية واحدة منها

مادة ٢٨٣ منه — اذا بيعت جملة أشياء

متفاوتة صفقــة واحدة فلا بد للزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدته ولا يكتفى برؤية بعضها

مادة ٢٨٤ منه - من اشترى أشياء متفاوتة صفقة واحدة ورأى بعضها بدون ان يرى البعض الآخر فان رآه ووجده بحال بحيث لو كان رآه قبلها لما كان اشتراه او لـكان يشتريه فله الخيار بين اخذ جميع الأشياء المبيعة بالثمن المسمى لها وبين فسخ البيع وردها جميعا وليس له ان يأخـذ ما رآه ورضى به ويترك ما لم يكن رآه

مادة ٢٨٥ منه — اذا تصرف المشترى فى المبيع الذى اشتراه قبـل ان يراه تصرفا لا يحتمل الفسخ او يوجب حقا للغير بأن باعه بيعا مطلقا عن شرط الخيار او رهنه او أجره او هلك فى يده او استهلـكه او بقيت فى يده حتى صار بحال لا يمكن معها فسخ البيع سقط حقه فى رده بخيار الرؤية ولزم البيع والثمن وكذا يلزم البيع ويجب الثمن اذا مات المشترى قبل رؤية المبيع ولا ينتقل خيار الرؤية الى ورثته

مادة ٢٨٦ — من اشترى شيئا لم يره فلا يطالب بثمنه قبل رؤيته

وله استرداد الثمن الذى تقدم اذا فسخ العقد ورد المبيع بخيار الرؤية

المبحث الأول — عموميات

١٠٥٩ — هذه النصوص مستمدة من أحكام الشريعة الاسلامية اذ لا مقابل لها فى القوانين الأوروبية ولذلك أشكل فهمها على كثير ممن شرحوا القانون المصرى من الافرنج وغابت عنهم حكمة تشريعه وظنوا أن القانون المصرى بأخذه هذه القواعد عن الشريعة لم يزد عن كونه كرر ما هو مسلم به من القواعد العامة القاضية بضرورة علم المشترى بذات المبيع

فى مأخذ هذه النصوص ومراد القانون منها

وقالوا إنهم لم يدركوا معنى تقرير القاعدة المنصوص عليها فى مادة ٢٤٩ أهلى

مع أن العلم بالمبيع مستفاد من حكم المادة ١٣٤ من القانون المدنى التى تجيز البطلان اذا حصل غلط في أصل الموضوع المعتبر فى العقد لأن الغلط لا يحصل إلاّ فى شيء اطلع عليه المشترى وعاينه وكذلك لا يلحظ تعيين الأشياء المعينة بذاتها إلاّ اذا علمها المشترى

وقد خلط بعضهم فى شرح هذا الباب حتى ذهب الى أن علة النص على صحة بيع الأعمى كثرة العميان فى مصر (راجع كتاب العقود لمسيو جرانمولان ص ٤) مع أن تقرير هذه القاعدة لم يكن الاّ تطبيقاً للقواعد التى قررها الفقهاء لأحكام العلم بالمبيع كما سترى[1]

١٠٦٠ — وانا نلتمس لهؤلاء العلماء العذر لأن المادة من أصل شرعى بحت والشروح المعروفة عنها غير مألوفة الاّ لبعض الخاصة والقانون كذلك قصر فى ايضاح مراده فى القاعدة العامة التى وضعها فهو انما يريد الكلام على العلم بأوصاف المبيع لا العلم بذاته ويريد اشتراط علم المشترى بهذه الأوصاف ليتم رضاؤه ويمتنع تضرره من إلزامه بشيء لا يعجبه ولا يصادف هوى فى نفسه ولا يرضى به كما سيجيء شرحه فاقتضب القول وقال يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع والصحيح بأوصاف المبيع لأن الكلام على ذات المبيع تكلم عليه فى موضع آخر (انظر الكلام على المبيع فيما تقدم فقرة ٧٥٩ وما بعدها)

ولعلاقة هذا الموضوع برضاء المشترى لأن العلم متمم للرضاء تكلم عليه الشارع عقب الكلام على الرضاء

١٠٦١ — قلنا ان القانون يريد الكلام على العلم بأوصاف المبيع لأن ذلك مفهوم المواد الخاصة بالعلم بالمبيع والتى تطابق أحكامها الأحكام التى قررها الفقهاء فى باب خيار الرؤية وهم يفرقون تفريقاً تاماً بين خيار الرؤية وشرط العلم بذات المبيع

---

(١) راجع لتحقيق ما بينا كتاب مسيو جرانمولان ومذكرات المسيو تستو والمسيو لامبير نظار مدرسة الحقوق السابقين

في خيار الرؤية بحسب احكام الشريعة الاسلامية

١٠٦٢ — الأصل فى الشريعة الاسلامية أن من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخ البيع ورده ولو كان قد رضى به قولاً قبل رؤيته — مادة ٢٧٨ مرشد الحيران

وهذا ما يسمى بخيار الرؤية ويتكلم عليه الفقهاء تحت هذا العنوان

١٠٦٣ — وخيار الرؤية لا يثبت الا فى بيع صحيح لأن البيع الفاسد يفسخ بدون خيار الرؤية — مستفاد من ابن عابدين ص ٦٥ ج ٤

ولذلك لا يمنع خيار الرؤية وقوع الملك للمشترى . ولو تصرّف فى المبيع جاز تصرّفه وبطل خياره ولزمه الثمن . وكذا لو هلك المبيع فى يده أو صار الى حال لا يملك فسخه بطل خياره — ابن عابدين ص ٦٥ ج ٤

ولهذا يعتبرونه شرط لزوم لا شرط صحة — انظر مادتى ٢٧٥ و ٢٧٦ مرشد الحيران

١٠٦٤ — يرى الفقهاء أن الرضاء فى البيع لا يتم ولا يتحقق الا بعد العلم بأوصاف المبيع وذلك لأن جهالة الوصف تفضى الى المنازعة كجهالة ذات المبيع . فانه كما يجوز عند جهالة ذات المبيع قيام نزاع بين المتعاقدين بشأنه لأن الأعيان تختلف ماليتها فتختلف رغبات الناس فيها فاذا سلم البائع عيناً قد يطلب المشترى عيناً أخرى أجود منها باسم الأولى اذ البائع فى العادة يعطى الأدنى والمشترى يطلب الأجود فيتنازعان ويمتنع بذلك التسليم والتسلم . كذلك يقوم هذا النزاع عند جهالة الوصف فمن الجائز أن يقول المشترى هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيتنازعان بسبب عدم الرؤية — بدائع ص ١٦٣ ج ٥

ومن جهة أخرى فالرضاء لا يتعلق الا بمعلوم فوجب العلم بأوصاف المبيع ليقع الرضاء صحيحاً . ولا نزاع فى أن كثيراً من الأشياء التى هى موضوع التعامل ما هو متعدد النوع والشكل متباين الصناعة والوضع مختلف الدرجة واللون وهكذا مما لا حصر له

فاختلاف هذه الأشياء مستوجب لاختلاف رغبات الناس فيها فقد يطلب

شخص سواراً من الماس يكون موافقاً لسوار عنده وعلى ذلك يجب أن يكون مناسباً لما عنده صياغةً ورسماً فمجرد سوار من الماس بالنوع والعيار والوزن الذى يريده غير كاف لتحقيق الغرض الذى يقصده وآخر لا يهمه ذلك لأنه يريد تقديمه هدية . وكذلك قل فى شراء جواد . أو أثاث منزل وغيره . فيختلف الأمر باختلاف ما اذا كان الطالب تاجراً أو غير تاجر . فغير التاجر اذا أراد مشترى سجادة موافقــة لاخرى عنده وجب أن تكون نظيرتها أو شبيهة بها لوناً ورسماً فاللون والرسم موضع اعتباره ولو لم تكن كذلك لما انتفع بما اشتراه لأن السجادة التى عنده قد تكون بيضاء وهذه سوداء والعرف والطبع يأبيان استعمالها معاً . أما التاجر فلا يهتم بكل ذلك

كذلك من الاشياء ما اعتاد الناس مذاقه أو شمه عند شرائه كالزيوت والروائح العطرية وغيرها فقد يفضل شخص صنفاً خاصاً أو رائحة مخصوصة وهكذا من الأمثلة التى لا عداد لها

لهذا جرى عرف التجار بأن يرسلوا براجمهم (كتالوجات) مبيناً بهــا أثمان البضائع ومقاساتها وقطعة من القماش ملصوقة بها ليعلم المشترى بالصنف الذى يشتريه ويختار اللون الذى يوافقه منعاً للنزاع ورفعاً للضرر وهكذا يفعلون بالنسبة للأدوية والاشربة وغيرها

١٠٦٥ — يرى من كل هذه الأحوال أن للاعتبارات الشخصية فى أوصاف الشىء دخلاً كبيراً فى الرضاء . وان الزام المشترى بشىء لم يطلع عليه يفوّت عليه الوصف المرغوب أو الغرض المقصود من الشراء . وقد يكون من وراء ذلك ضرر له

فرفعاً للنزاع ومنعاً للضرر استمد الشارع المصرى من الشريعة أحكام العلم بأوصاف المبيع مع التحوير والتعديل الذى يجعلها ملائمة لأحكام القانون المصرى ولمقتضيات الحال وما تستدعيه المعاملات من الاسراع المستلزم اطلاق بعض القواعد وتقييد البعض

ولقد أحسن الشارع المصرى فى رأينا بتقرير هذه القواعد لأنها مكملة للنقص

الذى يشاهد عند عدم استيفاء الشرائط المستوجبة لبطلان الرضاء بناءً على غلط أو تدليس ورافعة لما يلحق المشترى من الأسف والندم على شراء شيء غير صالح له

إذ من المقرر أن الغلط الموجب لبطلان الرضاء هو ما كان واقعاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد — مادة ١٣٤ مدنى

أما إذا وقع على صفة غير جوهرية فى ذات الشيء فالغلط لا يمنع صحة التعاقد ولكن فقد هذه الصفات قد يحدث ضرراً للمشترى . مثال ذلك اذا اشترى لؤلؤة على أنها بيضاء فاذا هى سوداء . أو ياقوتة على أنها حمراء فاذا هى صفراء . فاللون ليس بصفة جوهرية يترتب عليها الغلط ولكنها قد لا تصلح للاستعمال الذى أعده لها المشترى فيتضرر

ولذلك يقول الفقهاء ان فائدة خيار الرؤية هو رفع الجهالة اليسيرة التى لا تنافى صحة البيع — ابن عابدين ص ٢٣ ج ٤

في وجه الكلام على هذا الموضوع فى باب العاقدين

١٠٦٦ — لما كان الرضاء الصحيح التام يستلزم العلم بأوصاف المبيع كما بينا تكلم الشارع عليه فى هذا الباب عقب الاشارة التى فى المادة السابقة الى شروط صحة الرضاء لأن هذا العلم متعلق برضاء المشترى وهو أحد العاقدين فمتى رضى بأوصاف المبيع لزمه حكم البيع وسقط حقه فى طلب الفسخ

مقارنته بأحكام بيع المذاق فى القانون الفرنساوى

١٠٦٧ — نصت مادة ١٥٨٧ فرنساوى على أن الأشياء المعتاد ذوقها كالزيت والاشربة وغيرها لا يتم بيعها الاَّ بالمذاق والمذاق أحد طرق العلم فى القانون المصرى كما سيجيء . ولذلك يرى المطلع وجوه شبه عديدة بين القواعد التى وضعها الشراح على هذه المادة وبين أحكام خيار الرؤية . فقد صرَّحوا بأن أمر المذاق موكول لتقدير المشترى — خصوصاً اذا كان الشيء معداً لاستعماله الشخصى — فان له بمجرد مذاقه وعدم موافقته أن يرده للبائع وبذلك لا يلزمه البيع وله أن يتنازل عن هذا الحق صراحة أو دلالة كطلبه أشربة أو زيوتاً من تاجر مقيم بعيداً عنه ففى هذه الحالة يعتبر متنازلاً ضمناً عن حق مذاقه قبل اتمام البيع لأنه يريد شراباً يوافق الذوق العام

واذا كان البيع بانموذج وذاق الانموذج كفى فلو وصلته البضاعة على مثال النموذج فليس له ردها . واذا استلم البضاعة . أو وضع عليها علامة كان ذلك دليلاً على القبول « راجع بودرى ص ١٦٠ »

وربما كان هذا هو سبب اغفال الشارع نقل حكم مادة ١٥٨٧[1] فرنساوى لأنها داخلة فى حكم المادة ١٤٩ وما بعدها

المراد بالعلم

١٠٦٨ — قلنا إن الفقهاء يسمون هذا الباب بخيار الرؤية وقد استبدل القانون حكم الرؤية بالعلم لأن الفقهاء أجمعوا على أن المراد بالرؤية هو العلم بالمقصود من المبيع . وأن كلمة الرؤية مستعملة بمعناها المجازى العام لا الحقيقى. لذلك فضل واضع القانون التعبير بكلمة العلم . الاّ أن تعريفه جاء مع ذلك مبهماً . اذ كان الواجب عليه زيادة الايضاح وأن يعبر بالعلم بأوصاف المبيع دفعاً للالتباس كما سبق فأوضحنا

فالمراد بالعلم في هذه المادة اذن هو معرفة ما اذا كان المبيع ملائماً للغرض المطلوب له أو غير ملائم . ولذلك تختلف طرق العلم بحسب كل شىء والغرض المقصود منه فيكون بالرؤية فيما يرى . وبالمذاق فيما يذاق كالزيت والشراب . وبالشم فيما يشم كالأزهار والروائح العطرية . وبالسمع فيما يسمع كآلات الطرب وهكذا . اذ لا نزاع في أن مجرد رؤية « بيانو » لا تفيد العلم بصوته لكن السمع يفيده . كذلك مشاهدة الخل والزيت لا تفيد العلم بجودته أو رداءته لكن مذاقه يفيد ذلك

١٠٦٩ — ومحصل هذه القواعد أن العلم بالشىء يقع باستعمال آلة إدراكه . فلا يسقط حق المشترى فى الخيار حتي يدركه (قارن فى ذلك الزيلعى ص ٢٧ ج ٤) . ولهذا قال القانون إنه يجب على المشترى أن يعلم بالمبيع علماً كافياً ولا يكون العلم كافياً الاّ بهذا

فى تقييد هذا العلم

١٠٧٠ — قيد القانون علم المشترى بالعلم الكافى ليتناول نصه جميع طرق العلم

---

(١) هذا هو نص المادة ١٥٨٧ فرنساوى : بالنسبة للنبيذ والزيت والاشياء الاخرى التى جرت العادة بمذاقها قبل شرائها لا يتم البيع الا بعد أن يذوق المشترى طعمها ويرضى بها

كما بينا وأخذاً بأقوال الشرعيين من أنهُ يكفى رؤية ما يدل على العلم بالمقصود من الشراء

« زيلعى ص ٢٦ ج ٤ وابن عابدين ص ٦٨ ج ٤ ومادة ٢٧٧ مرشد الحيران »

وذلك لأنه كثيراً ما تتعذر رؤية الأشياء المبيعة جميعها كأن كانت كبيرة المقدار أو بعيدة عن محل التعاقد أو لأنها لم تصنع كاستصناع أقمشة على مثال عينة مخصوصة —

« ابن عابدين ص ٦٨ ج ٤ »

١٠٧١ — ويؤخذ من هذا القيد :

أولاً — أن العلم لا يكون كافياً إلاَّ اذا استدل به المشترى على الغرض المقصود . فاذا اشترى ورداً واشترط شراءه لاستخراج رائحته ولم يشمه بل رآه بالنظر فالعلم به غير كاف لأنه لا يفيد الوقوف على المقصود ولا بد حينئذٍ من شمه . وبالعكس لو كان اشتراه للزينة فرؤيته كافية فى ذلك

كذلك لو اشترى سائلاً فى زجاجة يتغير لونه بلونها فلا تكفى رؤية الزجاجة ولا بد من رؤية السائل . وهكذا

ثانياً — اذا كان المبيع عدة أشياء فاما أن تكون مثلية أو قيمية : ١ — فان كانت مثلية أى لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون (قمح . قطن . زيت . خل وهكذا) فيكفى رؤية بعضها وهو النموذج أو العينة لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض فى الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقى الا اذا كان الباقى أردأ فيكون له الخيار فيه وفيما رأى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام — زيلعى ص ٢٦ ج ٤ .

قال ابن عابدين ويدخل فى ذلك ما لو كان المبيع أثواباً متعددة وهى من نمط واحد لا تختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد فيكفى رؤية ثوب منها إلاّ اذا ظهر أن الباقى أردأ . وذلك لأنها تباع بالنموذج فى عادة التجار . فاذا كانت ألواناً مختلفة ينظرون من كل لون الى ثوب واحد بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الأصبع ويلصقون القطعة فى ورقة فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة ويكون طول الثوب وعرضه معلوماً فاذا وجدت الأثواب كلها على الحال المرئى والمعلوم بلا

تفاوت بينها ينبغى أن يسقط خيار الرؤية لأنها حينئذ تكون بمنزلة العددى المتقارب كالجوز والبيض اذ لا شك أنه قد يحصل تفاوت بين جوزة وجوزة ولكنه يسير لا ينقص الثمن — ابن عابدين ص ٦٩ ج ٤ .

والواقع انا نشاهد ذلك أيضاً فالتاجر يرى عينة القمح أو القطن ويشترى بمقتضاها . كذلك ترسل التجار من خارج القطر وداخله لزبائنهم برامج البضائع . وبها كما أشار ابن عابدين نموذجاً من القماش المعروض أو مثالاً من الأدوية وغيرها . فالعلم بهذا النموذج كاف للعلم بباقى الشيء ومسقط لحق خيار المشترى متى سلم اليه الشيء مطابقاً للعينة .

٢ — اما ان كانت قيمية أى تتفاوت افرادها فى القيمة كالدواب فلا بد من رؤية افرادها واحداً فواحداً لأن رؤية بعضها لا يفيد العلم بالباقى للتفاوت إذ منها الهزيل ومنها السمين — زيلعى ص ٢٦ ج ٤ و مادة ٢٨٣ مرشد الحيران

١٠٧٢ — وطرق العلم وكفايته تختلف باختلاف الظروف والأحوال وتقديرها موكول للقاضى . فاذا أريد شراء اسطوانات مثلاً فان كانت لمغن واحد كان سماع واحدة منها كافياً وان كانت لمغنين متعددين وجب سماع كل اسطوانة على حدتها حتى يحصل العلم الكافى بها .

١٠٧٣ — أوجبت المادة ٢٤٩ على «المشترى» أن يكون عالماً بالمبيع ولم توجب ذلك على «البائع» أخذا بأقوال الشرعيين الذين يعللون ثبوت خيار الرؤية للمشترى باعتبار أنه يظن ما لم يره خيراً مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه . ولو أجيز الخيار للبائع لرد المبيع باعتبار أنه أزيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثل ذلك . كما لو باع حيواناً على أنه معيب فاذا هو سليم فلا يثبت للبائع فيه الخيار وهو تعليل حسن معقول — زيلعى ص ٢٥ ج ٤ (فى قصر هذا الحق على المشترى)

١٠٧٤ — نصت المادة ٢٤٩ على أنه يجب على المشترى أن يكون عالماً بالمبيع «بنفسه» أو «بمن وكله عنه فى معاينته» وذلك أخذا بقول الشرعيين من أن علم (فى معاينة الوكيل)

المشترى بنفسه يكون كعلمه بمن وكله عنه . يستوى فى ذلك الأعمى والبصير

١٠٧٥ — ويجب أن يكون الوكيل وكيلاً فى المعاينة كما هو ظاهر من نص المادة «أو بمن وكله عنه فى معاينته» . فخرج بذلك الوكيل باستلام الشيء المبيع فقط فرؤيته أو معاينته لا تكفى ولا يترتب عليها سقوط الحق فى الفسخ . وذلك لأن الوكالة بالاستلام لا تستلزم الوكالة بالرؤية اذ الوكيل المذكور لم يتملكها . والمعروف أن الانسان قد يرسل خادمه أو مجرد رسول لاستلام الشيء ولكنه يوكل من يرى فيه الحصافة فى الرأى والخبرة بالأمر ليعاين الشيء الذى يريد شراءه . فاذا أقدم على شراء منزل أو آلة بخارية بعث مهندساً فنياً من الخبيرين بذلك ولكنه قد يبعث بأى شخص للاستلام — قارن شرح الزيلعى ص ٢٨ ج ٤

وعلى كل حال يرجع لنص التوكيل لمعرفة حقوق الوكيل وما يلزم منهـا الموكل وما لا يلزمه

المبحث الثانى — فى حكم البيع بعد المشاهدة

١٠٧٦ — من المعلوم أن البيع إما أن يرد على شيء واحد أو على عدة أشياء . وان كان على عدة أشياء فاما أن يكون بيعها جزافاً . أو بالكيل . أو بالقياس . أو الوزن . أو العدد

١٠٧٧ — فاذا كان البيع وارداً على شيء واحد وعلم به المشترى بالكيفية السابقة لزمته أحكام البيع ووجب عليه تنفيذ التعهدات الخاصة به

فى مشاهدة بعض المبيع جزافاً

١٠٧٨ — اما ان كان البيع جزافاً وهو ما يحصل بغير حاجـة لوزنه أو عدّه أو كيله لمعرفة مقدار المبيع وثمنه (لأن الثمن مسمى جملة واحدة والمبيع كذلك كبيع القمح الموجود فى مخزن البائع بمبلغ الف جنيه) ورأى المشترى بعضه أى عينة منه ولما سلم اليه الباقى تبين له أنه لو رآه كله لامتنع عن شرائه فله أن يطلب الحكم بفسخ البيع وليس له أن يطلب تنقيص الثمن أو تقسيم المبيع بأن يأخذ الجيد ويرد الردئ وذلك

منعاً لتفريق الصفقة اذ قد يترتب على استبقاء البعض ورد البعض ضرر للبائع الذى ربما لا يمكنه ترويج البيعة إلاّ فى الكل جيدها ورديئها ومنعاً للنزاع الذى ينشأ من جهة تقسيم الثمن اذ المشترى يطلب رد الجزء الردئ فلا يجب أن يكون ثمنه كالجيد

في مشاهدة بعض المبيع بالكيل أو الوزن

١٠٧٩ — اذا كان البيع بالكيل أو الوزن أو العدد فماذا يكون الحال لو رأى المشترى بعضه أو عينة منه ثم وجد الباقى متغيراً ؟

لا نزاع فى أنه غير ملزم بأخذ الشيئ المتغير لأنه انما كان رضى بالبيع بالصفة التى رآها لا بغيرها ولكن هل يفسخ البيع فى الكل أو يجوز للمشترى طلب التقسيم فيأخذ ما وافق العينة ويرد الباقى ؟

نرى أن له التقسيم لأنه يمكن قسمة الثمن بحسب الآحاد ولأن العلة التى بنى عليها طلب فسخ المبيع بأكمله في البيع الجزاف لا تتحقق هنا فواجب على البائع أن يسلم الصنف الموافق للعينة وليس له أن يتمسك بحصول ضرر له من تبعيضها . ألا ترى أن المشترى لو وجد القدر ناقصاً عما باع فلا يدفع غير ثمن ما اشترى وليس الحال كذلك فى بيع الجزاف فانه ملزم بدفع جميع الثمن ولو نقص المقدار عما قدره

على أن للقاضي أن يحكم بحسب قواعد العدل لعدم وجود نص صريح فى القانون

١٠٨٠ — اذا حصل خلاف بين المتعاقدين على ما اذا كان الشيء المسلم موافقاً للعينة أو غير موافق فيرجع لتحقيق ذلك بواسطة خبير أو بغير ذلك من الطرق القانونية للثبوت . وهذا هو رأى الفقهاء أيضاً فقد قرروا بأنه لو كان النموذج موجوداً وادعى المشترى مخالفة الباقى له فانه يعرض على من له خبرة بذلك ليتضح الحال — « ابن عابدين ص ٦٩ ج ٤ »

فى جواز استعمال حق خيار العيب

١٠٨١ — اذا ظهر عند تسليم المبيع أنه مغاير للعينة أو النموذج أو كان اردأ منها فاما أن يكون التغيير كثيراً أو قليلاً . فاذا كان كثيراً فهل يجوز فسخ البيع لوجود عيب خفى فيه ؟

نرى مع الفقهاء أن للمشترى خيار العيب اذا كان الاختلاف أو الرداءة يوصلان

الى حد العيب وله خيار الرؤية اذا كان الاختلاف أو الرداءة لا توصل الى اسم المعيب بل الدون — ابن عابدين ص ٦٨ ج ٤

وقد يجتمع الحقان معاً للمشترى اذا كان الشيء معيباً ووجده بحال لو كان رآه لامتنع عن شرائه فان له أن يستعمل الحقين — قارن ما ذكره ابن عابدين فى هذا الصدد ص ٦٨

في سقوط حق الفسخ

١٠٨٢ — لما كان حق الفسخ مبنياً على عدم تحقق الرضاء فكل ما دل على الرضاء بالمبيع صراحة أو دلالة يترتب عليه سقوط هذا الحق — راجع مادة ٢٧٩ مرشد الحيران عبارة ثانية (١)

وقد أشارت الى ذلك العبارة الأخيرة من المادة ٢٥٠ ونصها : ويسقط حقه في طلب الفسخ اذا تصرف في الشيء المبيع بأى طريق كان .

وهذا هو السقوط دلالة . فاذا أجر المبيع او رهنه او باعه سقط حقه فى طلب الفسخ . ولو اشترى أرضاً فأذن المستأجر أن يزرعها قبل أن يعلم بها فزرعها سقط كذلك حقه لأن فعله بأمره كفعله بنفسه — زيلعى ص ٢٥ ج ٤

ولو اشترى قطناً فحلجه أو قمحاً فطحنه أو ثياباً فخاطها سقط حقه أيضاً فى طلب الفسخ لتغيير الشيء عن حالته وتعذر رده بحالته الأولى اذا فسخ البيع — راجع مادة ٢٨٥ مرشد الحيران التى سبق ذكرها

اما السقوط صراحة فيكون بالتصريح بترك هذا الحق

في اثبات سقوط الحق

١٠٨٣ — ويرجع فى اثبات سقوط هذا الحق لقواعد الثبوت العامة فلا يقصر التصريح بالترك على الحالة الواردة فى مادة ٢٥١ لان الظاهر أن المراد منها حالة خاصة وهى ذكر العلم بالمبيع فى العقد دون أن يرى المشترى فى الحقيقة المبيع فاذا رآه ووجده غير موافق لغرضه حاول طلب الفسخ فأراد الشارع منعه من ذلك لأن ذكره فى العقد أنه عالم بالمبيع دليل على أنه لا يعلق أهمية كبرى على معاينة الشيء ومشاهدته وإلاّ لما تنازل عن حقه فى رؤيته

---

(١) هذا نص العبارة الثانية من المادة ٢٧٩ — ولا يتوقت خيار الرؤية بمدة ما لم يصدر منه (أى المشترى) ما يبطله قولاً أو فعلاً أو بتعيب المبيع ونحو ذلك

١٠٨٢ — ولقد عنى الشارع بذكر هذا النص لأن التصريح من المشترى قبل الرؤية بإبطال الخيار لا يترتب عليه سقوط حق المشترى فى الخيار بحسب الشريعة الإسلامية

قال الزيلعى : ويبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة وبعد الرؤية وأما قبلها فلا يسقط وإن صرّح به إلاّ فى ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ

ولهذا لا يجب التفريق فى هذا الموضع بين ما اذا كان التصريح قبل أو بعد الرؤية

فى عدم سقوط الحق فى حالة التدليس

١٠٨٣ — لكن لما كان من المعتاد أن يذكر العلم فى عقود البيع بغير أن ينظر لما اذا كان المشترى أراد حقيقة التنازل عن هذا الحق أو لم يرد حَفظ القانون للمشترى حقه فى طلب ابطال البيع اذا أثبت تدليس البائع بأن احتال عليه حتى استكتبه العقود وذكر فيها العلم توصلاً لاسقاط حق المشترى فى طلب البطلان وكان ذلك باطلاعه على عقود مكذوبة مثلاً أو غير ذلك من طرق الغش التى يوكل أمر تحقيقها الى القاضى

واثبات التدليس جائز بكافة الطرق القانونية

١٠٨٤ — والمراد هنا أن يكون التدليس خاصاً بالحصول على إثبات علم المشترى لاسقاط حقه فى طلب البطلان بدعوى عدم العلم

أما التدليس المفسد للرضا بحسب أحكام المادة ١٣٦ فمانع من صحة الانعقاد لتعلقه بأحد أركان العقد (التراضى) وقد يجوز أن يكون الرضاء صحيحاً والغش حاصلاً فقط بقصد إسقاط حق المشترى فى دعوى البطلان لعدم العلم

لهذا نرى انه كان يحسن بالشارع أن يعبر بالغش بدل التدليس منعاً للبس كما فعل فى النص الفرنساوى[1] وباطلاق هذه القاعدة أصبح حكم المادة موافقاً لرأى الشراح الفرنساويين من أن للمشترى الذى له حق المذاق أن يتنازل عن حقه صراحة أو ضمناً والضمنى كطلب أشربة من تاجر مقيم فى جهة بعيدة عن الطالب فيحمل هذا على أنه أراد الشراب الذى يوافق الذوق المعتاد

(١) عبر الشارع بكلمة *dol* فى مادة ١٣٦ وبكلمة *fraude* فى مادة ٢٥١ مدنى أهلى

المبحث الثالث — فى اشتمال عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه

١٠٨٥ — البيع فى الشريعة لا يلزم وإن ذكر جنسه ووصفه بل كان للمشترى فى جميع الأحوال رده ما لم يكن سقط حقه فى الرد صراحة أو دلالة

وقد قيد القانون ذلك فى مادة ٢٥٢ نظراً لمقتضيات الزمان وما تستدعيه الأعمال التجارية من السرعة فجعل بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقيق حالته لمعرفة ما اذا كان مطابقاً للاوصاف المطلوبة أو غير مطابق يقوم مقام الرؤية وحينئذٍ يتحقق غرض المشترى ولا يضيع عليه ما يريده من الأوصاف المرغوبة التى له أن يبين مراده منها

ونفس الشرعيين قد ذهبوا هذا المذهب فى بيع السلم فاعتبروا أن الوصف يقوم مقام الرؤية حتى لا يكون للمشترى فيه خيار رؤية بعد ما وصف له — « راجع زيلعى ص ٢٨ ج ٤ »

فقياساً على هذا وضع القانون قاعدته لأنه قد يتأتى أن يبيع الإنسان ما ليس عنده وقت البيع كقطن لم ينبت أو يستحضره من زارعيه أو يبيع الإنسان شيئاً بعيداً بحيث يتعذر رؤيته فى الحال كبيع منزل بباريس مثلاً وهذا ما جرى عليه العرف فان المتعاقدين يبينان في العقد أوصاف المبيع بياناً تاماً

كذلك قد يتفق أن يشترى شخص عقاراً يباع بالمزاد قبل أن يراه ارتكاناً على بيان حالته وأوصافه في اعلانات البيع فاتقاء لطلبه الفسخ بعد رسو المزاد بدعوى عدم العلم وضع القانون هذا النص لأن ذكر هذه البيانات كاف وكافل لأن يعرف الشخص ما يشترى

ولا نزاع في أن بيان القدر والوصف مخصص للمبيع عن أنظاره وأشباهه ونافٍ لما قد يتضرر منه المشترى بعد ودال على أنه لو كان يعنى بالرؤية لذاتها لما تنازل عن حقه ولما اشترى شيئاً قبل أن يراه

المبحث الرابع — فى البيع للأعمى

١٠٨٦ — لما كان العلم بالشيء يقع باستعمال آلة ادراكه ولذلك يختلف باختلاف الأشياء ففيما يرى يكون بالرؤية وفيما يذاق يكون بالذوق وفيما يشم يكون بحاسة الشم ولما كان الأعمى مشتركاً مع البصير فى جميع الحواس إلاَّ حاسة النظر كانت معرفة حقيقة المبيع بكل طريق غير الرؤية بالنظر تجعله عالماً بالمبيع لأنها تفيد العلم ففى الأشياء التى تعلم بالذوق فذاقها أو بالشم فشمها أو باللمس فجسها سقط فيها خياره واعتبر البيع صحيحاً لأنه علم بها بالطريق الموصل لمعرفة حقيقتها

وقد قرر الشرعيون أنه يسقط خيار الأعمى أيضاً في شراء العقار بوصفه لأنه لا سبيل الى معرفته إلاَّ به ولأن الوصف يقوم مقام الرؤية في حق البصير كما نصت عليه المادة السابقة فكذا في حق الأعمى — راجع زيلعى ص ٢٨ ج ٤

١٠٧٧ — أما في الأشياء التى لا تعرف إلاَّ بالمعاينة (أى الرؤية بالنظر) فوجب أن يعلم بها بواسطة وكيل يعينه لذلك نفياً للضرر الذى يلحقه كما بيناه آنفاً

١٠٨٨ — مما تقدم يرى أن ذكر المادة الخاصة بصحة بيع الأعمى جاءت تفريعاً على القاعدة العامة وتطبيقاً لها لا أن الشارع عنى بذكرها بالنسبة لكثرة العميان فى مصر كما يزعم مسيو جرانمولان — راجع كتابه فى العقود ص ٤ فقرة ١٠

المبحث الخامس — فى الفرق بين العلم بذات العلم والعلم بأوصافه

١٠٨٩ — قلنا فيما تقدم إن المقصود بأحكام هذا الموضوع هو العلم بأوصاف المبيع لأن الشرعيين يفرقون تفريقاً تاماً بين أحكام المبيع وأحكام العلم بوصفه وعلى أثرهم سار الشارع المصرى في هذا الصدد

فتكلم على شروط المبيع في مادة ٩٥ واشترط أنه اذا كان الغرض من التعهد اعطاء شيء وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه ولو بالنوع

وأن يكون صنفـه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال ثم خصص المبيع بالشروط الخاصة به فقرر أن البيع لا ينعقد فيما لا قيمة له يمكن تقديرها ولا فيما لا يمكن تسليمه بحسب طبعه وهكذا من الشروط التي أوردها في الفصل الثالث وعنوانه فيما يباع

١٠٩٠ — وفقد هذه الشروط يمنع انعقاد البيع (قارن مادة ٢٠٧ مرشد الحيران)(١) أما فقد شرط العلم بالوصف فيترتب عليه عدم لزوم البيع لا عدم صحته كما قدمنا

١٠٩١ — والعلم بالوصف لا يكون إلاَّ في الأعيان المعينة أما الديون فلا يثبت فيها لأنها مثلية ولا يتحقق فيها فوات الوصف، وحصول الضرر

١٠٩٢ — وكل ما تحقق فيـه عدم فوات الوصف سقط فيه حق العلم كشراء سندات أو أسهم ولـكن لا يسقط حق الابطال لخلل في الرضاء لأنه أحد أركان التعـاقد

١٠٩٣ — يستنتج من كل ما تقدم أن حق الطعن بعدم العلم قد يحصل في بيع صحيح حائز لجميع أركانه الشرعية وأنه قد يوجد مع وجود أوجه بطلان أخرى كفقد أحد الأركان الشرعية للتعاقد أو لوجود عيب خفي فيه

والأولى أن يطلب الحقان معاً اذا توفرت شروطهما ولا يقتصر على طلب البطلان بعدم العلم إلاَّ اذا لم يكن وجـه لطلب الفسخ لسبب آخر لأن أحكام العلم بالوصف قلما تتوفر

---

(١) هذا هو نص المادة ٢٠٧ مرشد الحيران

اذا وقع غلط في محل العقد وكان المعقود عليه مسمى ومشاراً اليـه فان اختلف الجنس تعلق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه وان اتحد الجنس واختلف الوصف تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويخير العاقد لفوات الوصف ان شاء أمضى العقد وان شاء نقضه

فاذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع ولو بيع هذا الفص ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر صح البيع والمشتري بالخيار بين امضائه وفسخه

الفصل الثامن

فى أحكام البيع

قوانين مصرية

مادة ٢٦٦ أهلى — يترتب على البيع الصحيح ما هو آت

أولاً — انه بمجرد عقده ينقل ملكية المبيع الى المشترى بالنسبة للمتعاقدين ولمن ينوب عنهما كوارث أو دائن سواء كان المبيع عيناً معينة أو حقاً معيناً أو مجرد حق متى كان مملوكاً للبائع وينقل أيضاً الملكية فى الشيوع اذا كان المبيع حصة شائعة

ثانياً — انه يلزم البائع بتسليم المبيع للمشترى وبضمانه عدم منازعته فيه

ثالثاً — انه يلزم المشترى بدفع الثمن وينشأ عن البيع أيضاً على حسب الأحوال ان يكون المبيع فى ضمان المشترى

مادة ٣٣٦ مختلط — مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٣٣٢ مرشد الحيران — حكم البيع المنعقد صحيحاً لازماً أن يثبت فى الحال ملك المبيع للمشترى وملك الثمن للبائع فينتقل ملك المبيع للمشترى ولورثته ان مات قبل قبضه سواء كان المبيع منقولا أو عقاراً أو جزأ شائعاً من المنقول أو العقار أو حقاً من حقوقه

مادة ٣٣٣ منه — يترتب على عقد البيع الصحيح اللازم أمور :

الأول — الزام المشترى بدفع الثمن ان كان المبيع حاضراً والثمن من النقود وتأديته حالا ان كان حالا أو عند حلول الأجل ان كان مؤجلا

الثانى — الزام البائع بعد قبضه الثمن الحالّ بتسليم المبيع للمشترى . فلو كان الثمن مؤجلا ولو بعد العقد ألزم البائع بتسليم المبيع قبل قبضه الثمن

الثالث — ضمان البائع الثمن للمشترى ان استحق المبيع ببينة أو اقرار المتعاقدين أو هلك فى يد البائع أو استهلك بغير فعل المشترى أو بفعل أجنبى واختار المشترى فسخ البيع

الرابع — ضمان المشترى ثمن المبيع اذا قبضه قبل دفع الثمن

والبيع الصحيح هو البيع الجائز المشروع ذاتاً ووصفاً

قانون فرنساوى

مادة ١٥٨٣ منه — يتم البيع بين المتعاقدين وتنتقل الملكية فى الحال للمشترى من البائع

متى اتفقا على المبيع وثمنه ولو لم يسلم المبيع أو يدفع الثمن

مادة ١٦٠٣ منه — يلتزم البائع بالتزامين أصليين: التزامه بتسليم المبيع والتزامه بضمانه

مادة ١٦٥٠ منه — والالتزام الأصلي المترتب على المشترى هو دفع الثمن فى اليوم والمكان المتفق عليهما فى البيع

١٠٩٤ — عنى القانون بجمع أحكام البيع فى المادة ٢٦٦ أهلى بصفة عامة بياناً للآثار المترتبة على البيع من حقوق والتزامات بطريقة إجمالية ثم أتى على تفصيل القواعد الخاصة بكل حكم فى فرع على حدته وإنا لمقتفون أثره فى شرحها على الوجه الآتى

فالأحكام التى تترتب على البيع الصحيح بكيفية عامة هى : —

الحكم الأول — نقل الملك

الحكم الثانى — جعل الهلاك على البائع أو المشترى بحسب الأحوال

الحكم الثالث — التزام البائع بتعهدين أصليين وهما : — ١ — تسليم المبيع للمشترى ٢ — ضمانه عدم منازعته فيه

الحكم الرابع — التزام المشترى باستلام المبيع ودفع الثمن

الفرع الأوّل — حكم البيع فى انتقال الملك

عموميات

١٠٩٥ — نقل الملك هو الحكم الحقيقى للبيع أما باقى التعهدات التى سنتكلم عليها فهى تابعة له أو من نتائجه

وهذا حكمه فى الشريعة الاسلامية والشريعة الفرنساوية. فالفقهاء يقسمون أحكام البيع الى أحكام بعضها أصل وبعضها من التوابع ·

ويتكلمون على الحكم الأصلي فى موضعين : في بيان أصل الحكم وفى بيان صفته.

أما الأول فهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع وللبائع فى الثمن للحال

وأما بيان صفة الحكم فله صفتان : احداهما اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ والثانية الحلول وهو ثبوت الملك فى البدلين للحال لأنه تمليك بتملك — « بدائع الصنائع ص ٢٣٣ ج ٥ »

على أن القانون الفرنساوى لم يشر لهذا الحكم فى مادة ١٦٠٣ التى عدد فيها التزامات البائع وعلل ذلك بعضهم باكتفاء الشارع ببيان هذا الحكم فى مادة ١٥٨٣ فرنساوى فلم يرَ فائدة من تكراره في مادة ١٦٠٣ حيث ينقضى هذا الحكم فى الوقت الذى ينشأ فيه إذ أن نقل الملك يحصل من نفسه بمجرد انعقاد البيع

ولكن القانون المصرى لم ينهج منهجه لأن نقل الملك هو الغرض المقصود من البيع ويترتب عليه نتائج تختلف باختلاف أنواع البيوع ان كانت معينة بالذات أو بالنوع . باتة أو معلقة على شرط . وباختلاف أصحاب الشأن فى العقد من متعاقدين أو غيرهم من ذوى الفائدة فيه . لهذا بيّن حكم نقل الملكية فى فرع على حدته فتكلم أولاً على نقل الملك بالنسبة للمتعاقدين وعلى وقت حصوله تبعاً لما اذا كان المبيع معيناً بالذات أو بالنوع . باتاً أو معلقاً على شرط . ثم نقله بالنسبة للغير

١٠٩٦ — ويؤخذ من أحكام القانون أن البيع يفيد الملك بمجرد التعاقد فيترتب عليه للحال نقل الملك من البائع الى المشترى . يستوى فى ذلك أن يكون المبيع حق ملكية أو أى حق من الحقوق المتفرعة عنها كحق الانتفاع أو الارتفاق . حقاً معيناً أو شائعاً . حقاً ماديًا أو معنويًا (أى مجرد حق)

١٠٩٧ — وأن الملك ينتقل من نفسه بالبيع بغير احتياج لاجراآت أخرى كالتسليم مثلاً أو غيره من الطرق التي كانت متبعة فى عهد القانون الرومانى[1] وبعض القوانين الاوروبية القديمة

فمتى تم التعاقد واستوفت أركان البيع وشرائط صحته انتقل الملك من تلقاء نفسه

(١) انظر فيما تقدم فقرة ١٣ والتعليق عليها

فيخرج من ملك البائع ويدخل فى ملك المشترى ولهذا قال القانون إن البيع « بمجرد عقده » ينقل ملكية المبيع الى المشترى

وعلى ذلك يصير المشترى مالكاً للمبيع ولو بقى فى حيازة بائعه . ومزية ذلك ان له أن يتصرف فيه بسائر التصرفات الجائزة لكل مالك من رهن أو بيع أو هبة وغيرها ولا استثناء لذلك الاّ حالة اتفاق المتعاقدين على جعل البيع قاصراً على مجرد التعهد بنقل الملكية (١)

١٠٩٨ — وحكم المادة ٢٦٦ أهلى من جهة نقل الملك هو فى الواقع تفريع على الحكم العام الوارد فى مادتى ٩١ و٤٥ أهلى والذى يستفادُ منها أن :

ا — البيع بمجرد عقده ينقل الملك بالنسبة للمتعاقدين ولمن ينوب عنهما بصفة عامة كالورثة أو الدائنين العادين

ب — ولكنه لا ينقله إلاّ اذا كان المبيع مملوكاً للبائع

فاذا كان المبيع غير مملوك له فالملك لا ينتقل لوجود عائق وهو عدم القدرة الشرعية على نقل ملك الغير وعدم جواز سلبه حقه وتمليكه للمشترى بغير رضائه وهى قاعدة مؤيدة بحكم المادة ٢٦٤ أهلى (٣٣٣ مختلط) التى قضت ببطلان بيع ملك الغير

ج — وينقل الملك ولو كان المبيع مشاعاً

والغرض من هذا النص بيان حكم البيع المشاع بعد أن أجازه الشارع فى مادة ٢٦٠ أهلى (٣٢٧ مختلط)

والظاهر أن الشارع عنى بذكر حكم البيع المشاع رفعاً لما عساه يتسرب الى الذهن من الخلاف القائم فى شأنه عند الفقهاء فانهم يفرقون بين ما يترتب على بيعه مشاعاً ضرر للشريك وما لا يترتب وبين ما اذا كان البيع لشريك أو لغيره فقرر القانون أن بيع المشاع ناقل للملك على العموم (٢)

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٨٧ و ٧٢٠

(٢) انظر فيما تقدم فقرة ٢٦٥

ونفس هذا الباعث هو الذى دفعه على بيان حكم البيع فى الحقوق المعنوية (مجرد الحقوق)[1]

فيمن يعتبر فى حكم المتعاقدين

١٠٩٩ — قلنا فى الفقرة السابقة إن البيع بمجرد عقده ينقل الملك بالنسبة للمتعاقدين ولمن ينوب عنهما بصفة عامة وذلك فى الحقيقة تطبيق للقواعد العامة الخاصة بتأثير العقود وأحكامها الواردة فى باب التعهدات

فمن المقرر أن المشارطات لا تلزم غير عاقديها ولا يترتب عليها ضرر للغير أى أن حكمها نسبى لا مطلق

١١٠٠ — ويقصد بالمتعاقدين من يتعاقد بنفسه أو بنائب عنه كالولى والوصى والوكيل — بلانيول فقرة ١١٧٢ ج ٢

١١٠١ — ويعتبر فى حكم المتعاقدين جميع أصحاب الحقوق العامة وهم الذين يتلقونها بصفة عامة كالورثة أو الدائنين العادين[2] (وفى فرنسا الموصى لهم بكافة الأموال) فانهم يتأثرون بالعقود الصادرة ممن تلقوا عنه الحق فينالهم نفعها ويصيبهم ضررها — مادة ١٤١و١٤٢ أهلى (٢٠٢و٢٠٣ مختلط)

والمراد بالدائنين هنا الدائنون العاديون وهم فى الواقع لا يتلقون حقاً كالوارث وانما منشأ حقهم الضمان العام الذى منحه لهم القانون على عموم أموال المدين وكان من نتيجته أن أجاز لهم اقامة الدعاوى التى تنشأ عن مشارطات المدين أو أى نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الشخصية (مادة ١٤١و٥٥٥ أهلى) فلم يكن لهم من حق خاص[3]

وقد صرحت بذلك مادة ٩٢ فقالت ان التعهد بإعطاء حق عينى على عقار أو

---

(١) انظر فيما تقدم فقرة ٢٦٢ وما بعدها وابن عابدين ج ٤ ص ١٤

(٢) انظر فيما يتعلق بأصحاب الحقوق العامة والخاصة وتأثير العقود عليهم بلانيول ج ١ فقرة ٣٠١ وما بعدها وج ٢ فقرة ١١٧٢ وما بعدها

(٣) انظر بلانيول ج ١ فقرة ٣

منقول ينقل ذلك الحق بشرط عدم الإخلال بحق الامتياز والرهن العقارى والحبس

على أنه يستثنى من ذلك الأفعال الصادرة من المدينين بقصد الإضرار بدائنيهم فإنها لا تؤثر عليهم ولا تلزمهم أحكامها ويكون لهم حق خاص فى طلب ابطالها — « مادة ١٤٣ اهلى (٢٠٤ مختلط) وبلانيول فقرة ١١٧٥ ج ٢ »

١١٠٢ — أما الدائنون الذين منشأ دينهم رهن الحيازة أو الرهن العقارى فهم أصحاب حق خاص وضمان دينهم ضمان عينى ولا ينالهم ضرر من تعهدات مدينهم التى يكون محلها الأشياء المرهونة متى كانوا حافظين حقوقهم طبقاً للقانون أى سجلوا عقودهم لأنهم يعتبرون من غير المتعاقدين بالنسبة لجميع الأعمال التى تصدر من الراهن بعد الرهن — بلانيول فقرة ٣٠٥ ج ١ ومادة ٩٢ و٦١١ و٦١٥ أهلى

حكمة نظام العلانية

١١٠٣ — مما تقدم يرى أن نقل الملك يهم كثيراً ممن يكونون أجانب عن العقد وهم المصطلح على تسميتهم « بالغير » وذلك لأن الملكية حق عينى يحتج به على الكافة و«الغير» يحتاج دائماً لمعرفة المالك الحقيقى للعين كلما أراد التعامل بشأنها كشرائها أو ارتهانها . فالشراء لا يصح إلاّ من المالك الحقيقى والعين المرهونة اذا لم تكن مملوكة للمدين ضاع على الدائن الضمان الذى أعدّه لوفاء دينه

لهذا أوجدت الشرائع الحديثة نظام العلانيـة وقررت تسجيل العقود والأحكام التى يترتب عليها التمليك والتملّك وصرحت بأن يعطى لكل طالب كشفاً عاماً أو خاصاً بالتسجيلات أو شهادة بعدم وجودها — مادة ٦٣٦ أهلى (٧٦٧ و ٧٦٨ م)

١١٠٤ — وقد ترتب على ذلك أنه يجب على من يبحث فى ملكية شىء أن ينظر اليه من وجهين :

الوجه الأول — نقل الملك بالنسبة للمتعاقدين

الوجه الثانى — نقله بالنسبة للغير

إذ الأصل أن الملك كان ينتقل بالبيع فى حق كل إنسان سواء كان من المتعاقدين أو من غيرهما . فلما أدخل نظام التسجيل استدعى ذلك أن الملك لا ينتقل للغير إلاّ

من تاريخ التسجيل أى من وقت العلانية واشهار العقد فهو الوقت الذى يتمكن فيه الغير من معرفة ما اذا كانت حصلت تصرفات على العين أو لم تحصل . فيرى من ذلك أن استمرار القاعدة الأصلية كان متعذراً وإلاَّ عدم مفعول التسجيل . وعلى هذا قرر القانون من باب الاستثناء فى العقارات خاصة بأن الملكية لا تنتقل بالنسبة لغير المتعاقدين إلاَّ بتسجيل عقد البيع متى كانت حقوق الغير مبنية على سبب صحيح ومحفوظة قانوناً ولا يعلمون ما يضر بها — مادة ٤٧ و ٢٧٠ أهلى (٦٩ و ٣٤١ م)

١١٠٥ — وهذا الاستثناء خاص بالعقارات أما فى المنقول فالبيع ناقل للملك بمجرد التعاقد بالنسبة للمتعاقدين كما ينقله بالنسبة للغير — دوهلس فقرة ١٢٨ بيع ج ٤

في حكم بيع المنقول مرتين

١١٠٦ — فإذا بيع منقول لشخصين على التوالى فضل المشترى أولاً لأنه اشترى من مالك أما الثانى فشراؤه باطل لأنه اشترى من غير مالك حيث خرج المبيع من ملك البائع بالبيع الأول ومعلوم أن بيع ملك الغير باطل

ولكن يظهر لأول نظرة أن نص المادة ٤٦ مدنى أهلى يتعارض مع هذا الرأى فانه يقضى بأن ملكيــة الأموال المنقولة تنتقل باستلامها بناءً على سبب صحيح ولو لم تكن ملكاً لمن سلمها متى كان المستلم معتقداً صحة الملك فيها للمسلم

والواقع أن لا تعارض فبالبيع الأول زالت ملكية البائع عن المبيع حقيقة وأصبح المشترى مالكاً وله المطالبــة بجميع أحكام البيع من تسليم وضمان والتصرف فيه بسائر التصرفات والبائع حينما باع مرة ثانية باع مالك الغير ولكنا قدمنا أن بيع ملك الغير وان كان باطلاً إلاَّ أن له مفعولاً وتأثيراً من جهة اعتباره سبباً صحيحاً للتملك بوضع اليد — انظر فيما سبق فقرة ٥٢٧ وما بعدها

ومعلوم أن تملك المنقول يحصل فى الحال بمجرد الحيازة وحسن النية (مادة ٦٠٧ أهلى) فاذا كان المشترى الثانى وضع يده على المنقول بحسن نية صار مالكاً له فلم يكن منشأ ملكيته البيع الصادر من البائع وانما منشؤه التملك بوضع اليد المؤقت ولهذا وجب أن يكون حسن النية — راجع بودان فقرة ١٦٠ ص ١١٠ كتاب البيع والاجارة

وعلى هذا تستقيم القاعدة الأولى فى حالة تساوى مشتريين فى عدم الحيازة فانه يفضل المشترى أولاً أما اذا حاز ثانيهما المبيع فضل بناء على حيازته التى تملكه المبيع للحال اذا كان حسن النية — مادة ٦٠٨ أهلى

فان كان سيئ النية أى يعلم بسبق بيع المنقول فضل كذلك المشترى أولاً

ويترتب على كون المشترى الأول أصبح مالكاً أنه لو ضاع المبيع أو سرق فهو الذى يكون له حق استرداده عملاً بنص المادة ٤٦ أهلى وعليه أداء الثمن للمشترى فى الأحوال المنصوص عليها فى مادة ٨٧ أهلى

تلك هى الملاحظات العامة فلنتكلم الآن على الأحكام الخاصة بنقل الملك بالنسبة للمتعاقدين ثم نتبعه بالأحكام الخاصة بنقله بالنسبة للغير

المبحث الأول — فى انتقال الملكية بالنسبة للمتعاقدين

١١٠٧ — نقل الملك بالنسبة للمتعاقدين إما أن يتم فى الحال أو يؤجل الى وقت التسليم تبعاً لما اذا كان المبيع معيناً بالذات أو معيناً بالنوع

وعلى ذلك لمعرفة حكم انتقال الملك بالنسبة للمتعاقدين ينظر للمبيع :

نقل الملك فى الشىء المعين بالذات

١١٠٨ — فان كان معيناً بالذات كبيت معين أو قطعة أرض معينة انتقلت الملكية من وقت التعاقد ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً فى عقد البيع لأجل معلوم — مادة ٢٦٧ أهلى و ٣٣٧ مختلط

وهذا هو المبدأ العام لسائر التعهدات فان الأجل المضروب للتسليم لا يترتب عليه تأجيل نقل الملك

ولذلك أشارت المادة ٢٦٧ أهلى (٣٣٧ مختلط) الى حالة افلاس البائع بعد البيع وقبل التسليم فقرر القانون ان للمشترى الحق فى استيلائه على المبيع لأنهُ خرج من ملك البائع بالبيع وأصبح مملوكاً للمشترى له حق وضع يده عليه والتصرف فيه

وهذا الحكم متفرع على النص العام الوارد فى باب التعهدات فى مادة ١١٨ أهلى

فقد أجازت للدائن أن يضع يده على الدين اذا كان عيناً معينة ومملوكة للمدين وقت التعهد أو حدث ملكها له بعده ولم يكن لأحد حق عيني عليها . والواقع ان حق الملكية حق عيني يجعل لصاحبه الحق فى أن يتبع محاله أنى وجد ويتقاضاه من كل انسان فأولى أن يأخذه من البائع ولو على الرغم منهُ

١١٠٩ - وفى ظننا ان هذا النص مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية فقد نصت مادة ٣٧١ مرشد الحيران على أنهُ اذا مات البائع مفلساً بعد قبض ثمن المبيع وقبل تسليمه للمشترى فالمشترى أحق بهِ من سائر الغرماء وله أخذه ان كانت عينه قائمة أو استرداد الثمن ان كان قد هلك عند البائع أو عند ورثته

ويعلل الشرعيون وجه تفضيل المشترى على سائر الغرماء بأنهُ ليس للبائع حق حبس المبيع فى حياتهِ بل للمشترى جبره على تسليمهِ ما دامت عينه باقية فيكون له أخذه بعد موت البائع أيضاً اذ لا حق للغرماء فيهِ بوجه لأنهُ أمانة عند البائع وان كان مضموناً بالثمن لو هلك عنده — ابن عابدين ج ٤ صحيفة ٤٦

١١١٠ — ويستفاد مما تقدم أنهُ لو هلك المبيع فللمشترى استرداد الثمن بأكمله وهذا ما يجب الأخذ بهِ فى القانون المصرى لأن الهلاك على البائع قبل التسليم كما سيجئ

وكل ما تكلمنا عنهُ فى حالة الافلاس لا يصدق الاَّ فى حالة ما اذا كان المبيع معيناً بالذات أما اذا كان معيناً بالنوع فالملكية لا تنتقل الاَّ بالتسليم وقد أفلس البائع قبل حصوله — ملحوظة سيجيء الكلام بعد على حالة افلاس المشترى

نقل الملك فى الاشياء المعينة بنوعها

١١١١ — اذا كان الشيء معيناً بنوعه فلا تنتقل الملكية الاَّ بتسليم المبيع للمشترى — مادة ٢٦٨ أهلى و ٣٣٨ مختلط .

وتلك هى القاعدة فى الشريعة الإسلامية والشريعة الرومانية وعلة ذلك عدم تمييز المبيع وفرزه فذلك لا يحصل عادة الاَّ بالتسليم . مثال ذلك بيع كمية معينة من القطن على ذمة توريدها من المحصول المقبل — مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٧٩ بورللى

فالفرق بين المبيع المعين بنوعه والمعين بذاته يرجع الى مسألة تمييزه . والواقع أنهُ لاعتبار شخص مالكاً يجب أن يكون محل الملك محدداً ومعيناً والاَّ فلا شيء يرد عليهِ حق الملك . فالانسان يكون مالكاً لغرارة قمح مفروزة أو بالة قطن معينة ولكن اذا نظر لصنف الشيء فقط فلا يمكن القول بأنهُ مالك له

على ان الشيء المعين بنوعه قد يصير معيناً بذاته وعلى ذلك ينتقل الملك فى الحال كما هو الحاصل فى البيع جزافاً — مادة ٢٤٠ اهلى و ٣١٦ مختلط

كذلك لو تحدد المبيع المعين بنوعه قبل التسليم من جهة مكانه أو باشارة خاصة مميزة كوضع علامات المشترى على بالة القطن أو تعليم الخراف فى القطيع والأشجار فى الغابة فانها تصبح معينة بذاتها و ينتقل الملك من وقت التعاقد

و يقول مسيو دوهلس ان الملك لم ينتقل فى حالة بيع الأشياء المعينة بنوعها لنقص أحد الشروط اللازمة لاتمام البيع والبيع التام هو الذى ينقل الملك

فى البيع بخيار التعيين

١١١٢ — اذا كان البيع بخيار التعيين فالمبيع لا يعين الاَّ بالاختيار الذى يحصل ممن له حق الخيار سواء كان البائع أو المشترى وعلى ذلك لا تنتقل الملكية الاَّ بحصول الاختيار المذكور — دوهلس فقرة ١٢٢ بيع ج ٤

فى البيع جزافا أو بالكيل والوزن

١١١٣— اذا كان المبيع معيناً وكان مقداره فقط غير معين (جميع القمح الموجود فى مخزن مخصوص) تنتقل الملكية فى الحال . أما اذا كان المبيع غير محـــدد ومعين (كمقدار مخصوص من القمح الموجود فى مخزن معين) فالوزن لازم لتحديد المبيع يعنى أنهُ يجب بيان القمح الذى يصير مملوكاً للمشترى من القمح كله . وحينئذٍ لا ينتقل الملك الاَّ من وقت الوزن — دوهلس فقرة ١٢٣ بيع ج ٤

وعلى كل حال يرجع للتفصيل الذي بيناه فى البيع بالكيل أو الوزن والبيع جزافاً فمتى اعتبر البيع صحيحاً اعتبرت الملكية منتقلة — راجع فيما تقدم فقرة ٨٠٠ وما بعدها

فى البيع المعلق على شرط

١١١٤ — وتفريعاً على القواعد العامة الواردة فى باب التعهدات أشارت مادة ٢٦٩ أهلى (٣٣٩ مختلط) الى أحكام البيع المعلق على شرط و بينت ان حكم

البيع يستند الى الماضى اذا تم الشرط فقررت بأنهُ اذا وقع البيع معلقاً فسخه على حصول أمر معين تنتقل ملكية المبيع للمشترى من حين العقد

واذا كان البيع معلقاً على أمر ووقع فيما بعد (أى معلقاً على شرط موقف) فيعتبر المبيع ملكاً للمشترى من تاريخ العقد

ففى البيع بالشرط الموقف لا تنتقل الملكية قبل وقوع الشرط واذا وقع فحكم البيع يرجع لتاريخ التعاقد — راجع فيما تقدم فقرة ٧٦٢

١١١٥ — والبيع بالتجربة بيع معلق على شرط موقف . وهو ان الشيء يوافق المشترى فان اتفق على جعله معلقاً على شرط فاسخ انتقلت ملكيته فى الحال للمشترى « دوهلس فقرة ١٢٤ » — فى بيع التجربة

١١١٦ — اذا طلب تاجر من الاسكندرية بضاعة من تاجر آخر مقيم بلفربول ففى أى وقت يعتبر المشترى مالكاً للبضاعة المرسلة اليه ؟ هل يعتبر مالكاً من وقت القيام أو الوصول أى من وقت تسليم البضاعة لقبطان المركب التى سلمت اليها البضاعة لنقلها أو عند وصولها الى المشترى باسكندرية — فى نقل ملكية البضاعة المرسلة بطريق البحر أو البر

وأهمية المسألة تظهر فى حالة هلاك المبيع ومصاريف النقل وحالة افلاس البائع فان للمشترى أن يستولى على المبيع ولو حصل الافلاس قبل التسليم

نصت المادة ٩٤ تجارى أهلى (٩٩ مختلط) على أن البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك وتكون على البائع فى الحالة الثانية

والجواب أن الحل يتعلق بقصد المتعاقدين فملكية البضاعة تنتقل للمشترى عند الارسال اذا اشترط أن تسليمها يكون بمحل البائع وهو ما يحصل عادة فى البيع المشترط فيه تسليم السفينة أو خالص لحد المينا(١)

وعند السكوت عن بيان مكان التسليم فيعتبر حصوله بمحل البائع أى يكون

---

(١) *Vente sous vergue ou franco à bord*

التسليم عند الإرسال كما يؤخذ من مادة ١٧٠ أهلى (٢٣٣ مختلط) وفى هذه الحالة فان القبطان أو أمين النقل ينوب عن المشترى فى الاستلام والبضاعة تعد مبينة ومحددة تحت يده والملكية تنتقل من البائع للمشترى

١١١٧ — أما اذا اشترط أن التسليم يكون عند تفريغ البضاعة[1] وهو ما يعبر عنه فى بعض الأحيان بأن البضاعة تكون تسليم مينا الورود[2] فيبقى المبيع مملوكا للبائع لحين الوصول

١١١٨ — والبيع الذى يدخل فى ثمنه أجرة النولون والمصاريف والتأمين[3] يعتبر من باب الدلالة أن البضاعة مشترط تسليمها عند شحنها وعلى ذلك ينتقل الملك للمشترى من ذلك الوقت ويكون خطرها فى البحر عليه — المحكمة المختلطة فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ سنة ١٦ ص ١٦٧

ولكن البائع يكون مكلفاً بدفع ثمن النقل وقيمة التأمين على البضاعة

في استبقاء الملك لحين دفع الثمن

١١١٩ — هل يجوز قانوناً للبائع أن يشترط حفظ الملكية له لحين دفع الثمن بأكمله بالرغم من تسليمه للمشترى. وهذا البيع كثير الحصول فى بيع المنقولات بأقساط تدريجية فيذكر فى الشروط بأن وضع يد المشترى ليس إلاّ بصفة مستأجر وذلك لحين دفعه آخر قسط . وغرض البائع من ذلك الاحتياط لحالة بيع المشترى ما اشتراه أو افلاسه أو اعساره

نص القانون الألمانى فى مادة ٤٥٥ على صحة هذه البيوع ولا مانع من جوازها قانوناً لأنها لا تخالف النظام العام ولو أنها تؤدى لبعض المضار والعوائق العملية — « جرانمولان فقرة ٥٣ كتاب العقود »

فى حقوق الاجانب

١١٢٠ — بحسب نص المادة ٣٤٠ مختلط لا تمس حقوق المرتهنين الأجانب الصادرة لهم من مالك بشرط فاسخ أو موقف اذا وقع الشرط المبطل لملك الراهن

---

(١) *Livrable au déchargement*

(٢) *franco au bord de destination*

(٣) *La vente caf ou cif par abréviation des mots coût, frêt, assurance.*

وتبين أنهم كانوا يجهلون ان الراهن لهم كان مالكاً بشرط فاسخ أو باع العقار بشرط موقف

وحيث أغفل الشارع هذا النص فى القانون الأهلى فهو لا يسرى على البيع بين الوطنيين — دوهلس فقرة ١٢٥ بيع ج ٤

المبحث الثانى — فى نقل الملكية بالنسبة للغير

١١٢١ — بعد أن بينا حكم البيع بالنسبة للمتعاقدين يجب أن نبين حكمه بالنسبة للغير أى نبين علاقة كل من العاقدين بالنسبة لمن كان أجنبياً عن العقد ولم يشترك فيه .

الفرق بين امتلاك المنقول والعقار

١١٢٢ — وأول ما يلاحظ أن القانون فرق فى هذا المقام بين بيع المنقول وبيع العقار . ففى بيع المنقول لا تشترط العلانيـة (التسجيل) لنقل الملك بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه — كما هى الحال بالنسبة لبيع العقار — اذ الملك يثبت فى المنقول فى حق كل انسان بحيازته المترتبة على سبب صحيح واعتقاد سليم « مادة ٦٠٧ أهلى و ٧٣٣ مختلط »

ولا استثناء لذلك الا ما أوردناه قبلاً من تأثير قاعدة الحيازة دليل الملك — « راجع فقرة ٦-١١ المتقدمة »

لزوم التسجيل فى العقار

١١٢٣ — أما فى بيع العقار فالملكية لا تنتقل بالنسبة للغير من ذوى الفائدة فيه الا بتسجيل عقد البيع متى كانت حقوق ذلك الغير مبنية على سبب صحيح واعتقاد سليم ومحفوظة قانوناً — راجع مادة ٢٧٠ أهلى و ٣٤٠ مختلط

وتلك هى الشروط اللازمة لنقل الملك بالنسبة للغير وهى تفيد أن للغير معنى خاصاً وقيوداً خاصة يجب توفرها حتى يجوز له التمسك بعدم التسجيل . وللتسجيل فوائد خاصة يجب اتباعها حتى يجوز التمسك به قِبل الغير وهذا ما سنتكلم عليه تفصيلاً

المراد بالتسجيل

١١٢٤ — فالمراد بالتسجيل فيما يتعلق بنقل الملك هو نسخ صورة السند أو الحكم حرفياً فى الدفاتر المعدة لذلك بالمحاكم — ٦٢٩ أهلى و ٧٦٠ مختلط

١١٢٥ — والتسجيل يكون بناء على طلب أولى الشأن الاّ فى الأحوال التى ينص القانون على وجوب التسجيل فيها بمعرفة كاتب المحكمة من تلقاء نفسه بغير طلب « مادة ٦٢٨ أهلى و ٧٥٩ مختلط »

١١٢٦ — ودفاتر التسجيل تحت تصرف الجمهور ولكل شخص الاطلاع عليها وطلب كشف عام أو خاص بالتسجيلات

وعلى كاتب المحكمة أن يعطيه الكشف المذكور أو يعطيه شهادة بعدم وجود تسجيل بالدفاتر — مادة ٦٣٦ أهلى و ٧٦٧ و ٧٦٨ مختلط

ويجب عليه أن يعطيه الصورة أو الملخص بعد أخذ الرسوم المقررة بدون احتياج لإذن من القاضى والاّ حكم عليه بالتضمينات — مادة ٧٠٠ مرافعات أهلى

التكليف غير التسجيل

١١٢٧ — يستفاد مما تقدم أن التسجيل لا بدّ وأن يحصل بالمحكمة المختصة. ومن الخطأ الاعتقاد بأن تكليف العقار باسم شخص فى المديرية يغنى عن التسجيل فتكليف العقار باسم شخص لا يُثبت ملكيته له لأن التكليف وُضع لسهولة تحصيل الأموال الأميرية — انظر حكم استئناف مصر الأهلية أول مارس سنة ١٩٠٨ الاستقلال عدد ٢٠ السنة ٦

١١٢٨ — وحكم بأن قيد عقد محرر بالمحكمة الشرعية بدفاتر المديرية ليس الاّ طريقاً إدارياً الغرض منه نقل التكليف وما يترتب عليه من توزيع الضرائب وتحصيلها ولا يعد هذا القيد تسجيلاً تترتب عليه أحكام التسجيل القانونية — مختلط ٣٠ ابريل سنة ١٨٩٠ فقرة ٤٥٩٢ مجموعة أولى

جهة التسجيل

١١٢٩ — ولما كان التسجيل يحصل بجهات متعددة (المحاكم الأهلية والشرعية والمختلطة)(١) وجب علينا البحث لمعرفة الجهة التى يتعين تسجيل العقود فيها وتأثير التسجيل على حقوق الغير

١١٣٠ — نصت مادة ٦١١ مدنى أهلى على ان الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية تثبت فى حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل

---

(١) قدمنا ان الحكومة شرعت فى توحيد أقلام التسجيل — أنظر فقرة ١٦ تعليق نمرة ٣

تلك العقود فى قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو فى المحكمة الشرعية

ونصت مادة ٧٣٨ مدنى مختلط على أن يكون التسجيل بقلم الرهونات التابع له مركز العقار أى قلم رهونات المحكمة المختلطة

ولكن العمل جرى على أن تقتصر المحاكم الأهلية على تسجيل الأحكام الواجب على كاتب المحكمة تسجيلها بغير طلب .

فبقيت جهتان خاصتان بالتسجيل : المحاكم الشرعية والمحاكم المختلطة . وقد أدرك الشارع المصرى عند انشاء المحاكم المختلطة الضرر الذى ينشأ من هذا النظام فحاول تخفيفه بأن قرر تبادل ابلاغ العقود التى تسجل باحدى الجهتين للأخرى وقيدها بالدفاتر المعدة لذلك — راجع مادتى ٣١ و ٣٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ومادتى ٣٧٢ و ٣٧٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (قانون نمرة ٣١ سنة ١٩١٠)

ولكن هذا النظام لم يتبع بطريقة منتظمة سواء من جهة تبادل تبليغ العقود المسجلة أو من جهة قيدها بكلتا المحكمتين . وكان من بواعث الاهمال وعدم التشديد فى المراقبة كون القانون لم يرتب على اهمال التبليغ بطلان العقد بالنسبة للغير — أنظر مادة ٣٢ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة

اختصاص المحاكم المختلطة فى التسجيل

١١٣١ — وقد جرت المحاكم المختلطة على ان أقلامها تختص بتسجيل جميع العقود الصادرة بين أجانب أو بين وطنيين وأجانب حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير الذى يدعى حقاً عينياً على العقار المبيع

١١٣٢ — فحكمت بأن اجراآت التسجيل والقيد التى قررها القانون بقصد العلانية العامة لا يكون لها مفعول قبل الأجانب الاّ اذا حصلت بأقلام كتاب المحاكم المختلطة لا فى المحاكم الأهلية لأنها غير مختصة بذلك وأجنبية عنهم . وعلى ذلك يكون بيع العقار الصادر لأجنبى بعقد عرفى مسجل بالمحكمة المختلطة صحيحاً ولو كان تالياً فى التاريخ لتنبيه نزع ملكية خاص بنفس العقار وحاصل بين وطنيين ولكنه مسجل فى المحاكم الأهلية — مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٦٦٦ مجموعة أولى

١١٣٣ — وكل عقد ناقل للملك اشترك فيه أحد الأجانب بصفة بائع أو مشتر

يجب حتماً تسجيله بقلم كتاب المحكمة المختلطة الكائن بدائرتها العقار ليجوز الاحتجاج به على الغير. ولا يقوم مقام ذلك مجرد تسجيل العقد فى المحكمة الشرعية ولا تبليغ هذا التسجيل من المحكمة الشرعية للمحكمة المختلطة — مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٤ فقرة ٤٥٩٣ مجموعة أولى

١١٣٤ — والتسجيل يجب أن يكون فى المحكمة التابع لها مركز العقار وعلى هذا حكمت المحكمة المختلطة بأنهُ لا يجوز الاحتجاج على الغير الحسن النية بعقد مقايضة لم يسجل فى قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار حتى ولو كان مسجلاً فى قلم كتاب محكمة تتبعها عقارات أخرى واردة فى عقد البيع — مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩١ س ٣ ص ١٨١ وفقرة ٤٥٩٩ مجموعة أولى

المقود الواجب تسجيلها

١١٣٥ — جميع عقود البيع الواردة على العقار يلزم تسجيلها لتكون ثابتة فى حق غير المتعاقدين مهما كان شكلها سواء كانت بعقد عرفى أو عقد رسمى. وكذلك الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التى من هذا القبيل. أو المؤسسة لها. والأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمزاد — مادة ٦١١ و٦١٢ مدنى أهلى

وفى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها — مادة ٦١٩ مدنى أهلى

١١٣٦ — والأحكام القضائية نفسها لا تحسب بقوة العقود المسجلة إلاَّ بتسجيلها فهى بدون تسجيل بمثابة العقود الرسمية فقط — الاستئناف فى ٢٦ مايو سنة ٩٢ الحقوق ٧ ص ١٣٣ وجلاد مادة ٢٧٠ نمرة ٧

مايترتب على عدم التسجيل

١١٣٧ — فاذا لم يحصل التسجيل بالكيفية المتقدمة يكون البيع كأنهُ لم يكن بالنسبة للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار المبيع وحفظوها بموافقتهم للقانون — ٦٢٠ أهلى

١١٣٨ — ويلاحظ أن بعض الشرائع الأجنبية (بلجيكا وايطاليا) لا تبيح غير تسجيل العقود الرسمية وحجتهم أن التزوير كثير الحصول فى العقود العرفية فلا معنى لازدحام أقلام التسجيل بعقود مشكوك فى صحتها. ولكنها طريقة معيبة اذا نظرنا لكثرة ما يصدر من البيوع القليلة الأهمية وما يترتب على تحريرها بصفة رسمية من المصاريف الباهظة

في الاعفاء من التسجيل

١١٣٩ — تلك هي القواعد العامة التي قررتها القوانين الحديثة ولكن قبل انشاء المحاكم كان البيع منتجاً لأحكامه بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير كما كانت تقضي بذلك أحكام الشريعة الاسلامية وما كان التسجيل لازماً.

وعلى هذا المبدأ جرت المحاكم المختلطة

١١٤٠ — فقد حكم بأن عقود البيع السابقة على انشاء المحاكم المختلطة معفاة من التسجيل — مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٧٩ بورللي مادة ٧٤٩ مختلط

وذلك لأن المادة ٧٤٩ مختلط تقضي بأن أحكام الباب الخاص بإثبات الحقوق العينية لا تسري الا من تاريخ انشاء تلك المحاكم

١١٤١ — وبما أن الملكية العقارية كانت قبل انشاء المحاكم المختلطة خاضعة لأحكام الشريعة الاسلامية مهما تكن جنسية المتعاقدين وكان البيع تاماً حتى بالنسبة للغير بمجرد تراضي المتعاقدين فكان تسليم الحجة لازماً لإثبات البيع لا لنقل الملك — « مختلط ٢٨ نوفبر سنة ١٨٨٨ نمرة ١ ص ٣٤ وفقرة ٤٦٥٩ مجموعة أولى »

١١٤٢ — وعلى ذلك يسري مفعول بيع العقار السابق على انشاء المحاكم بالنسبة للغير من تاريخ التعاقد كما هو مقتضى الشريعة الاسلامية — مستفاد من حكم الاستئناف المختلط ٢١ نوفبر سنة ١٨٧٨ بورللي مادة ٤٣١

فيحتج به على الغير الذي كسب حقاً عينياً على العقار من البائع بعد حصول البيع — « مختلط ٢ مارس سنة ١٨٨٢ بورللي نمرة ٣ مادة ٧٤٦ مختلط »

١١٤٣ — حتى ولو كانت العقود المذكورة صادرة من أجانب بسندات عرفية أو بعقود صادرة أمام قناصلهم بما أن التسجيل لم يكن لازماً لتلك العقود بشرط أن يثبت أن البيوع المذكورة سابقة على حقوق الغير ولم يكن الغرض منها الاضرار به « مختلط ٢١ مارس سنة ١٨٨٨ بورللي مادة ٧٤٩ »

١١٤٤ — فيجوز الاحتجاج بها على الغير الآن قبل أي شخص ولو كان أجنبياً — مختلط ١٨ يونيه سنة ١٨٩١ نمرة ٣ ص ٤٠٥ وفقرة ٤٦٦٠ مجموعة أولى

١١٤٥ — وعلى ذلك تكون الأفضلية بين عقود التملك السابقة على انشاء

المحاكم المختلطة للأسبق فى التاريخ — مختلط ٢٦ ابريل سنة ١٨٩٤ نمرة ٦ ص ٢٦٩ مجموعة أولى فقرة ٤٥٩٤ و ٨ مايو سنة ١٩٠٧ فقرة ٤٢٧٩ مجموعة ثانية

في عقود البيع الممضاة من البائع وحده

١١٤٦ — كثيراً ما يحصل أن عقد البيع لا يمضى من المشترى ويقتصر على امضائه من البائع فقط الذى يقرر بأنه باع عقاراً معيناً بثمن مسمى يدفع نقداً أو نسيئة فهل تسجيل مثل هذا العقد يجعله قابلاً للاحتجاج به على الغير الذى يكسب حقاً معيناً بعد ذلك على نفس العقار المبيع أو لا يجعله كذلك

ووجه الشك أن هذا العقد غير موقع عليه من المشترى وغير ثابت به رضاءه بالشراء والرضاء أحد أركان البيع فهل يجوز مع ذلك تسجيله

لا مانع قانوناً من التسجيل لأن القانون المصري لم ينهج منهج الشريعة الفرنساوية ولم يحتم ضرورة تحرير صور بقدر عدد المتعاقدين فى العقود الملزمة للجانبين كما تقضى بذلك مادة ١٣٢٥ فرنساوى

ولكن يجب أن نبحث المسألة من الوجهين الآتيين :

أولاً — قيمة مثل هذا الاقرار بالنسبة للمتعاقدين

ثانياً — قيمته بالنسبة للغير

قيمتها بالنسبة للمتعاقدين

١١٤٧ — الوجه الأول — هل يمكن اعتبار الاقرار المفرد دليلاً على انعقاد البيع بين المتعاقدين

أما من جهة البائع فلا نزاع فى أن الأقرار الصادر منه لا يصلح أن يكون دليلاً له على البيع ولا يجوز له أن يحتج به على المشترى لأنه منشئه . وعلى ذلك لا يجوز لبائع بناءً على اقرار صادر منـــه أن يطلب من المشترى الثمن أو يلزمه باستلام المبيع فليس للانسان أن يخلق لنفسه سنداً يحتج به على سواه

أما المشترى فله أن يتمسك بهذا الاقرار اذا كان تحت يده ويعتبره دليلاً على اتمام البيع لأن اقرار البائع حجة عليه فللمشترى أن يطالبه بتسليم المبيع أو يرجع عليه بالضمان اللازم قانوناً — مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ و٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ و٥ مارس سنة ١٨٩٦ فقرات ٤٦٦٨ و٤٦٧١ و٤٦٧٣ مجموعة أولى

يرى مما تقدم أن يجوز لأحد المتعاقدين أن يتمسك بهذا الاقرار ولا يجوز ذلك للآخر لفوات الدليل أما الحق نفسه فقائم ولكن ينقصه الاثبات

قيمتها بالنسبه للغير

١١٤٨ — الوجه الثانى — ما قيمة تسجيل مثل هذا الاقرار بالنسبة للغير الذى كسب حقوقاً عينية على العقار

اضطربت أحكام المحاكم المختلطة فى بادئ الأمر فى رأيها وكانت تميل على الأرجح لاعتبار التسجيل غير قابل للاحتجاج بهِ على الغير — مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ فقرة ٤٦٦٣ مجموعة أولى و ١٤ مايو سنة ١٨٩١ فقرة ٤٦٦٥ و ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ فقرة ٤٦٦٧ مجموعة أولى

١١٤٩ — ومعنى ذلك أن تسجيل مثل هذا الاقرار ما كان يفيد نقل الملك بالنسبة للغير من ذوى الفائدة فى المبيع كمشترٍ ثان — مختلط ٣١ يناير سنة ٩٤ فقرة ٤٦٦٧ ومختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ فقرة ٤٦٦٨ و ٢٣ يناير سنة ١٨٩٦ فقرة ٤٦٧١ مجموعة أولى

١١٥٠ — وكانت تستند تلك الأحكام على ان البيع يتم بين المتعاقدين بمجرد تراضيهما على المبيع والثمن . والتراضى يجوز أن يحصل شفهاً أى بغير كتابة ولا امضاء ولكن بالنسبة للغير لا يثبت البيع الاّ بتسجيل العقد الدال على حصول البيع وهو لا يتكون باقرار أحد المتعاقدين — مختلط ١٤ مايو سنة ١٨٩١ فقرة ٤٦٦٥ مجموعة أولى

١١٥١ — اذ يجب أن يكون عقد البيع مشتملاً على رضاء المتعاقدين واتفاقهما لأن صحة العقد مرتبطة بذلك وبالتالى نقل الملك وتراضى المتعاقدين لا يستفادان من اقرار صادر من أحدهما — ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ فقرة ٤٦٦٧ مجموعة أولى

١١٥٢ — فالعقد المشتمل على اقرار احد المتعاقدين وبهِ يقرر المالك أنه باع بحضور شهود عقاراً معلوماً بثمن معلوم لشخص غير حاضر فى المجلس بنفسه أو بتوكيل منه لا يعتبر عقد بيع بل مجرد اقرار لا يجوز التمسك بهِ على المشترى المذكور

وعلى ذلك فتسجيل هذا العقد وان سبق تسجيل عقد آخر شامل للشرائط القانونية ببيع نفس العقار لمشترٍ آخر لا يجعل العقد الأول ثابتاً قبل المشترى الثانى

« مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٨٨٠ و ١٤ فبراير سنة ١٨٨٤ و ٢٥ يناير سنة ١٨٨٨ — بورللي مادة ٣٤١ »

١١٥٣ — حتى ولو كان الاقرار المذكور مشتملاً على مخالصة بقبض الثمن — « ٢٨ مايو سنة ١٨٨٥ و ١٨ مايو سنة ١٨٨٧ و ١١ يناير سنة ١٨٨٨ و ١١ ابريل سنة ١٨٨٨ بورللي مادة ٣٤١ .

١١٥٤ — أو عرض استيفاء ما كان ناقصاً بأدلة خارجة عن الاقرار لأن صحة العقد بالنسبة للغير تتعلق بالتسجيل — ٣ فبراير سنة ١٨٨٧ بورللي مادة ٣٤١

١١٥٥ — أو كان المشترى وضع يده على العقار المبيع تنفيذاً للبيع . اذ يجب أن يكون العقد المسجل تاماً بنفسه ومشتملاً على جميع الشروط القانونية اللازمة لاتمام العقد — ١٧ مارس سنة ١٨٨٧ بورللي مادة ٣٤١ و ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ فقرة ٤٦٧٠ مجموعة أولى

١١٥٦ — ذلك كان المبدأ الذى سارت عليه المحكمة المختلطة. ولكنها لم تلبث أن عدلت عنه لأنها رأت بأن سلب كل مفعول للعقود الممضاة من جانب واحد مفض الى الاضطراب فى المعاملات التى جرى بها العرف وتعامل بها الناس ومسهل لسلب أموالهم بطريق بيع الشيء مرتين. هذا فضلاً عن أن الرأى المذكور لم يكن مبنيًّا على أساس قانونى متين اذ لا يفهم كيف تعتبر المحكمة ان العقد يجوز الاحتجاج به على المتعاقدين ولا يحتج به على الغير بعد تسجيله . على أنه بتسجيل العقد تم الغرض المقصود من العلانية والاشهار وهو اعلام الغير ببيع العقار بيعاً ممضى من البائع لمصلحة مشترٍ معلوم . فاذا تعاقد الغير بعد ذلك مع البائع فهو شريكه فى التدليس والغش . على ان رضاء المشترى ليس معدوماً كما يزعمون فالتسجيل يحصل بناء على طلبه وهذا يعد رضاء منه بالبيع . كذلك ثبوت دفع الثمن فى العقد دليل الرضا كما يدل عليه احتجاج المشترى على الغير بالعقد دفاعاً عن حقوقه لهذا بعد تردد المحاكم المختلطة وصدور أحكام منها متناقضة فى هذا الموضوع انتهى الأمر بأن قررت أن تسجيل عقد البيع الممضى من البائع وحده يجعل العقد قابلاً للاحتجاج به على الغير ما دام رضاء

المشترى مستفاداً من إقرار صريح له أو من أفعال دالة على ذلك كطلب تسجيل العقد بمعرفته أو نقل التكليف لاسمه ودفع الأموال الأميرية وهكذا

١١٥٧ — وعلى ذلك اعتبرت المحكمة أن الأعمال السابقة تجعل العقد ملزماً للجانبين — راجع الأحكام المختلطة فى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٨٧ و١٩ و٢٥ يناير سنة ١٨٨٨ بورللى مادة ٣٤١ و ١١ مارس س ٨ ص ١٥٢ و ٣٠ يناير س ٨ ص ١٠٣ و ٢٣ ابريل س ٨ ص ٢٥١ سنة ١٨٩٦ و ٢٤ يناير س ٩ ص ٣٠٥ و ٢١ فبراير س ٩ ص ٣١٠ و ١٩ مايو س ٩ ص ٣٤٨ سنة ١٨٩٧

١١٥٨ — وقد حكم بأن العقد العرفى الخاص ببيع عقار وغير مشتمل على امضاء المشترى يجوز الاحتجاج به على الغير اذا باعه المشترى وأثبت بيعه على نفس عقد البيع الصادر له فان ذلك يفيد رضاءه به — مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ فقرة ٤٦٦٩ مجموعة أولى

١١٥٩ — وان عقد البيع الغير المشتمل على امضاء المشترى ولكنه اتبع بتحديد ممضى من المشترى المذكور ومسجل تسجيلاً قانونياً يكون صحيحاً وقابلاً للاحتجاج به على الغير — مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ فقرة ٤٦٧٤ مجموعة اولى

١١٦٠ — وأن رضاء المشترى بعقد بيع غير ممضى منه يثبت حتى بالنسبة للغير ثبوتاً كافياً بتسجيله ونقل التكليف لاسم المشترى ودفع الأموال الأميرية — مختلط ٢١ فبراير سنة ١٨٩٧ فقرة ٤٦٧٤ مجموعة أولى

١١٦١ — ويترتب على قبول هـذا المبدأ أن البيع المذكور يكون منتجاً لجميع أحكامه فيعتبر الإقرار بعد تسجيله سبباً صحيحاً للتملك بمضى المدة — مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ س ٨ ص ١٠٣

١١٦٢ — وتتلخص أسباب الرأى الجديد فيما يأتى :

أولاً — مراعاة العوائد المحلية فمعظم البيوع الحاصلة والجارى تسجيلها عبارة عن اقرارات ممضاة من البائع فاذا لم تعتبرها المحاكم عقود بيع تامة كان ذلك هادماً لمبدأ استقرار المعاملات

ثانياً — ليس للغير أن يشكو أو يتضرر من مثل هذا العقد اذ كل ما يطلب تلافياً

لمخاطرته بأمواله هى علانية العقود أى تقرير نظام يستطيع به أن يعلم بالتصرف الحاصل من المالك وتسجيل هذه الإقرارات كاف للدلالة على حصول التصرفات

ثالثاً — ان اقدام المشترى على تسجيل البيع ونقل التكليف لاسمه دليل رضاء بالبيع أقوى من التوقيع بامضائه أو ختمه

رابعاً — ان التسجيل لا يستلزم قانوناً أن يكون العقد صحيحاً فى شكله فقد تسجل عقود غير مستوفاة لشرائطها القانونية والتسجيل لا يزيل ما بها من خلل أو بطلان ولا يجيز للغير أن يتمسك به فمن أوجه البطلان مالا يتمسك به إلاَّ المتعاقدان كما هى حالتنا وليس للغير أن يدفع بعدم وجود امضاء البائع أو المشترى

المقصود بالغير

١١٦٣ — بينا المراد بالتسجيل والعقود الواجب تسجيلها والآن نبين المراد بالغير الذى أوجب القانون تسجيل المبيع بالنسبة له حتى يجوز الاحتجاج عليه به فنقول :

١١٦٤ — ان لهذه الكلمة معنيان : أحدهما عام وهو كل شخص لم يكن طرفاً فى العقد أى كل أجنبى عنهُ وليس هذا هو المراد هنا . بل المقصود هو معناها الخاص وهو أن يكون الشخص الأجنبى عن عقد البيع من ذوى الفائدة فيه أى يكون كسب حقوقاً عينية على العقار المبيع وأن يكون حفظها بموافقة القانون

١١٦٥ — فالغير هو كل من يدعى حقًّا على المبيع من الحقوق التى يجب أن تقيد أو تسجل كحق الامتياز أو حق الرهن العقارى أو أى حق من الحقوق العينية العقارية ويجب أن يكون حقه مبنياً على سبب صحيح محفوظ قانوناً وأن يكون حسن القصد « أنظر مادتى ٢٧٠ و ٦١٥ »

ذلك هو الغير الذى يقصده القانون والذى يجوز له أن يتمسك بعدم تسجيل البيع . ويستخلص من ذلك أنه ينبغى أن يكون الغير :

أولاً — كسب حقه على المبيع بحسن نية

ثانياً — وأن يكون كسبه بسبب صحيح مكسب للملكية

ثالثاً — وأن يكون حفظه بموافقة القانون أى سجل عقده أو قيده بحسب الأحوال

١١٦٦ — وعلى ذلك فالغير الذى لا يكون ذا حق عينى لا يجوز له أن يتمسك بعدم التسجيل . مثال ذلك الدائن العادى فانه يحتج عليه بعقد البيع بمجرد ثبوت تاريخه وقد أشار القانون لذلك فى المادة ٦١٥ وفى نفس مادة ٢٧٠ التى نحن بصددها حيث قال : « متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً » .

١١٦٧ — ولو حجز الدائن على عقار مدينه فالحجز لا يكسبه حقاً عينياً على العقار المحجوز عليه وعلى ذلك فالعقد الذى يستند عليه شخص لطلب استحقاق العقار المحجوز عليه يحتج به على الدائن الحاجز ولو لم يكن مسجلاً لأن التسجيل فى هذه الحالة غير لازم — مختلط ٦ مايو سنة ١٨٩١ فقرة ٤٦٧٧ مجموعة اولى

١١٦٨ — على ان محكمة الاستئناف الأهلية حكمت بأن عبارة غير المتعاقدين الواردة بالمادة ٢٧٠ مدنى أهلى تشمل دائنى البائع العاديين فى حالة ما اذا رفع دائن عادى توفى مدينه دعوى نزع ملكية عقار داخل ضمن تركة مدينه فانه لا يمكن لمشترى هذا العقار من أحد الورثة الذى لم يسجل عقده أن يطلب تثبيت ملكيته له ومحو تنبيه نزع الملكية — استئناف أهلى ٨ مايو سنة ١٩١٢ عدد ١٢٨ سنة ١٣ مجموعة رسمية

والظاهر ان المحكمة جرت هنا على مبدأ الشريعة الاسلامية بأن لا تركة الاّ بعد وفاء الدين وان محل نظرية التسجيل عدم تعدد البائعين وهنا الوارث غير المورث — « انظر فقرة ١١٨٢ الآتية »

١١٦٩ — كذلك المرتهن رهن انتفاع وأجر العين للراهن لا يعتبر «غيراً». فقد حكم بأنه اذا رهن شخص عقاراً رهن انتفاع واستأجره من دائنه ووضع يده عليه ثم باعه الى آخر فلا يمكن أن يتمسك بهذا الرهن قبل المشترى بقطع النظر عن تسجيل عقد الرهن وذلك لأنه يلزم أن يتوفر فى عقد الرهن جميع الشروط اللازمة لصحته حتى يجوز التمسك به قبل الغير وان كان التسجيل مطابقاً للقانون فانه لا يمكن أن يتمسك قبل الغير بعقد رهن غير موجود من الأصل أو أصبح غير موجود فيما بعد والمادة ٥٤١ مدنى نصت على ان الرهن يبطل اذا رجع المرهون الى حيازة راهنه — « الاستئناف الأهلى ٣١ يناير سنة ١٩١١ عدد ٥٩ مجموعة رسمية س ١٢ »

١١٧٠ — أما الدائن الذى حصل على اختصاصه بعقارات مدينه فيعتبر «غيراً» بالمعنى المراد قانوناً لأن له نفس الحقوق التى تترتب على الرهن العقارى طبقاً للمادة ٥٩٩ مدنى وعلى ذلك يكون مفضلاً على من اشترى العقار من مدينه بعقد سابق لدينه اذا كان تاريخ تسجيل اختصاصه سابقاً على تاريخ تسجيل عقد البيع —

« الاستئناف الاهلى ١٤ فبراير سنة ١٩١١ عدد ٦٠ مجموعة سنة ١٢ »

شرط حسن نية الغير

١١٧١ — ويجب أن يكون الغير حسن النية وذلك مستفاد من قول القانون فى المادة ٢٧٠ وكانوا « لا يعلمون ما يضر بها »

فمن كسب حقه بسوء قصد ثم سجل عقده قبل المشترى الأول لا يجوز له التمسك بعدم تسجيل المشترى الأول .

١١٧٢ — وهنا تنشأ مسألة مختلف فيها فى فرنسا ولكن يظهر ان لا محل لهذا الخلاف بشأنها فى القانون المصرى وهى معرفة ما اذا كان المشترى الثانى الذى سجل أولاً يعتبر سيىء النية اذا علم بالبيع الأول أو لا يعتبر

علمه بالبيع الأول

١١٧٣ — والحال لا يخلو من أمرين : فإما أن يكون المشترى الثانى يعلم بالبيع ولكنه متواطئ مع البائع بقصد الاضرار بالمشترى الأول وإما أنه يعلم به وغير متواطئ معه

ا — فاذا كان يعلم بالبيع واشترى فمجرد العلم بغير تواطئ لا يمنع التمسك بعدم التسجيل كما جرى على ذلك القضاء فى فرنسا وفى مصر وأسباب ذلك هى : —

١ — اذا كان مجرد العلم كافياً لمنع المشترى الثانى من التمسك بعدم تسجيل البيع الأول فالتسجيل يصبح لا فائدة منه وتكون علانية البيع تابعة لطريق العلم به لا لطريق تسجيله وهذا ما ينافى نص القانون الذى قضى بأن تكون العلانية بالتسجيل وأنها لا تعلم الا به

٢ — ان قبول المبدأ السابق مفض لكثرة القضايا ومشجع على الادعاء بالعلم كلما أراد صاحب حق مسجل أن يتمسك بعدم تسجيل غيره ومن المعروف أن

الوصول للحقيقة من الصعوبة بمكان وإن كان لا ينكر من جهة أخرى أنه من البعيد أن المشترى الثانى يكون عالماً بالبيع الاول ويكون فى نفس الوقت حسن النية

ب — أما اذا كان المشترى الثانى يعلم بالبيع ومتواطئ مع البائع فلا نزاع فى أن سوء نية المشترى تمنعه من التمسك بعدم تسجيل البيع الأول . مثال ذلك من شهد على عقد البيع الاول ثم اشترى نفس العين بعد ذلك فانه يعتبر مشترياً بسوء القصد وسبق تسجيله . لا يفيده وهكذا من الظروف التى توكل لتقدير القاضى

وأسباب هذا الرأى هى أنه لم يكن الغرض من التسجيل حماية الغش والتدليس ولا المساعدة على ارتكابهما . والمشترى الثانى حينما يتضح أنه شريك فى التواطئ يعدُّ مرتكباً لشبه جنحة مدنية وأحياناً لجنحة تامة وهى جنحة النصب المعاقب عليها بالمادة ٢٩٣ عقوبات . وكل من ارتكب شبه جنحة لزمه تعويض الضرر الناشئ عنها بطريق التضامن . والتعويض الطبيعى المشترى الأول هو منع الضرر الذى يلحقه ذلك بترك العقار المبيع له

على أن مادة ٢٧٠ صرَّحت بشرط حسن النية كما قدمنا وان كان القانون فانه ذكر هذا الشرط فى مادة ٦١٥ الواردة فى باب اثبات الحقوق العينية

١١٧٤ — وقد حكم بأن لا فائدة لأسبقية التسجيل ما دام التعاقد عن غير قصد سليم احكام

١١٧٥ — فقاعدة تفضيل السابق فى التسجيل عند تعدد بيع العقار الواحد من ذات البائع محلها سلامة النية وأن تكون حقوق السابق فى التسجيل مبنية على سند صحيح وأن يكون غير عالم بما يضر بها — استئناف مصر الاهلية ١٧ مارس سنة ٩٠٩ الاستقلال عددا ٣٢ و ٣٤ سنة سابعة

١١٧٦ — لا يجوز لمن اشترى عيناً للغير حق عينى عليها غير مسجل أن يتمسك بتسجيله عقب شرائه اضراراً بصاحب الحق العينى اذا كان شراؤه مبنيًّا على سوء القصد والتواطئ مع البائع

وجاء فى إحدى حيثيات هذا الحكم ان علم المشترى بوجود الحق العينى ولو كان غير مسجل مانع له من التمسك بعدم تسجيل هذا الحق على أنه من الممكن أن يكون المشترى غير سيء النية مع علمه بوجود الحق العينى ومثل هذه الحالة وان كانت نادرة الوقوع الاّ انها جائزة

وقد جرت المحاكم الفرنساوية فى مثل هذه الحالة على ان مجرد العلم غير كاف وحده فى حرمان المشترى من الاولوية التى له بمقتضى تسجيله عقد شرائه على صاحب الحق العينى الذى لم يسجل عقده — مصر استئناف ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ مجموعة رسمية سنة ثانية

مزايا التسجيل

١١٧٧ — الأحكام المترتبة على التسجيل هى :

١ — انه ينقل ملكية العقار بالنسبة للغير

ومفاد هذا أن البيع اذا لم يسجل فلا يحتج به على الغير ويعتبر بالنسبة له كأنه لم يكن — انظر مادتى ٢٧٠ و ٦١٥ أهلى

٢ — انه يوقف سير قيد الرهون العقارية التى تصدر من البائع

ومعنى ذلك انه لا يجوز لدائنى البائع أن يطلبوا قيد رهن عقارى أو حق اختصاص أو غيره على العقار المبيع بعد تسجيله . انما لهم ذلك الى تاريخ التسجيل حتى ولو كان البيع صدر فعلاً وكان ذا تاريخ ثابت لأن البيع لا يحتج به عليهم الاّ من وقت تسجيله أما بعد تسجيله فيخرج من ملك مدينه الى ملك المشترى « انظر مادة ٥٦٥ مدنى أهلى »

٣ — ان التسجيل أول عمل لازم لتخليص العقار بمعرفة الحائز له من الحقوق العينية المتوقعة عليه (كرهن واختصاص وامتياز) وذلك بعرضه ثمنه أو قيمته (مادة ٥٨٢ أهلى)

وهذه الاجراآت هى المنصوص عليها فى مادة ٥٧٥ أهلى وما بعدها . وفائدتها ان الحائز لعقار (كالمشترى) له أن يبقيه بغير أن يكون مضطراً لدفع قيمة جميع

الرهون المتوقعة عليه اذا تبين انها تزيد على قيمته بل يأخذه بقيمته وحينئذ تبرأ العين بقيمة أقل من مقدار الديون التى عليها .

ملحوظة — يرى بعضهم ان التسجيل لازم لتملك العين بمضى خمس سنين اذا كان وضع اليد مبنياً على سبب صحيح وحسن نية

محلها

١١٧٨ — تلك هى أحكام التسجيل ومحلها تعدد التصرفات فى عين واحدة من مالك واحد

وعلى ذلك حكم بأنه فى حالة تعدد عقود التصرف فى عين واحدة تكون الأرجحية بحسب التاريخ ان لم يكن تسجيل فان وجد فللاسبق فيه ثم للمسجل على غير المسجل — « المنيا الجزئية ١٩ مايو سنة ١٩٠٣ مجموعة سنة ٥ نمرة ١٩ »

احوال عدم انطباقها

ولكن نظرية التسجيل لا تستقيم فى حالتين : —

١ — حالة امتلاك العين بمضى المدة ولو كان البائع واحداً

٢ — حالة تعدد البائعين

حالة امتلاك العين بمضى المدة

١١٧٩ — ففى الحالة الأولى حكمت المحاكم الأهلية بأن لا يقدم عقد مسجل على غير مسجل الا اذا كان نفس العقد هو المستند الوحيد فى الحق المتنازع فيه بدون انضمام أمر آخر . فلو مضت المدة القانونية على وضع يد صاحب العقد غير المسجل وكان حسن النية فقد تمت له الملكية ولا عبرة بعقد خصمه الذى سجله ولم يطالب بمقتضاه الاَّ بعد مضى المدة المذكورة — مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٨٩٧ القضاء ج ٥

١١٨٠ — واذا باع بائع واحد عقاراً لمشتريين وجب تفضيل من سجل عقده الاَّ اذا كان الآخر قد وضع يده على العقار المدة المقررة لاكتساب الملكية — « الاستقلال عدد ٢٣ سنة ٦ محكمة استئناف مصر الاهلية ٢٧ نوفبر سنة ١٩٠٧

١١٨١ — وأن سبق التسجيل لا يعطى الأولوية لأحد المشترين اذا تعددوا الاَّ فى حالة ما اذا كان لا يجوز لأحدهم أن يتمسك قبل الآخر باكتساب الملكية بمضى ٥ سنين عملاً بنص القانون — مختلط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سنة ١٦ صحيفة ٧٤ نمرة ٤٣٠٨ مجموعة ثانية

حالة تعدد البائعين

١١٨٢ — لا قيمة للأسبقية فى تسجيل عقود المشترين لعقار واحد اذا تعدد البائعون له إذ يجب أن يكون البائع واحداً حتى ينظر فى أفضلية المشترى المسجل على غير المسجل

وهنا تعرض مسألة من اشترى من المورث ولم يسجل ثم اشترى غيره من الوارث وسجل فهل يعتبر الشراء حاصلاً من شخص واحد باعتبار الوارث متصلاً بالمورث ومتمماً لشخصيته أو لا يعتبر ؟

الرأى السائد علماً وعملاً أن البيع الصادر من المورث يخرج الملك من التركة فلا يورث ولو لم يسجل وذلك بالنسبة للأشخاص الوطنيين الذين تسرى عليهم الشريعة الإسلامية وبهذا المعنى حكم بما يأتى

البيع من المورث والوارث

١١٨٣ — لا قيمة للأسبقية فى تسجيل عقود المشترين لعقار واحد اذا تعدد البائعون له ويجب البحث فى هذه الحالة عن أى البائعين كان المالك الحقيقى للعقار المبيع . وبناء عليه لا يجوز لمن اشترى من ورثة عقاراً بمقتضى عقد مسجل أن يحتج بهذا التسجيل على من اشترى نفس العقار من المورث ولم يسجل عقده لأن الورثة لم يكونوا مالكين للعقار الذى باعه مورثهم — الازبكية الجزئية ٦ يوليه سنة ١٩١٠ نمرة ٢٩ مجموعة رسمية سنة ١٢

١١٨٤ — متى مات المورث انتقلت جميع الالتزامات التى كانت مترتبة عليه الى تركته لا الى ورثته ووقف حق هؤلاء فيها معلقاً الى ما بعد انقضاء تلك الالتزامات وأيضاً جميع التعهدات وما بقى منها يقتسمونه بينهم ومن ثم فلا يقال بأنه يجب اعتبار شخص الوارث كشخص المورث فى حقوق الثانى وواجباته . بناء على ذلك اذا باع المورث عقاراً من ملكه ولم يسجل المشترى عقد بيعه وبعد وفاة البائع باع الوارث العقار ذاته الى مشترٍ آخر سجل عقده فلا يصح الاحتجاج على المشترى الأول بعدم تسجيل عقده قبل تسجيل المشترى الثانى بحجة ان الوارث هو كذات المورث لأن المشترى الثانى قد اشترى ممن لا يملك المبيع والتسجيل قد فرض على من

يتلقى الملك من مالك واحد — حكم استئناف مصر ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ الحقوق سنة ٢١ صفحة ١١٢ وجلاد نمرة ٨ مادة ٤٧

١١٨٥ — على هذا الرأى جرى القضاء المصرى ولكن الاستاذ لمبير يخالفه بحجة ان القواعد التى قررها القانون للتسجيل لا تؤيده واليك الاسباب التى أوردها :

إن البيع الصادر من المورث ينقل الملك بالنسبة له ولورثته ودائنيه العاديين كما يستفاد من نص المادة ٢٦٦ ولكنه لا ينقل الملك بالنسبة للغير الا بالتسجيل . فالبيع الصادر من المورث لا قيمة له بالنسبة « للغير » ما دام العقد لم يسجل وعلى ذلك يعتبر المبيع بالنسبة له باقياً على ملك البائع

أما الميراث فتنتقل ملكيته للورثة بالنسبة للمورث وبالنسبة للغير فى وقت واحد كما تقضى بذلك مادة ٦١٠ التى قررت ان ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها اذا كانت آيلة بالميراث تثبت فى حق كل انسان بثبوت الوراثة . وعلى ذلك يجوز الاحتجاج على الغير بتملك العين بالميراث بمجرد ثبوت الوراثة بلا حاجة الى تسجيل . واستنتج من ذلك ان من أراد أن يكسب حقاً عينياً على العقار المبيع بعد موت البائع جاز له كسبه على اعتبار أن البائع ثم ورثته من بعده كأنهم لا يزالون مالكين المبيع بالنسبة له لعدم تسجيل العقد الصادر من المورث

وتأييداً لرأيه قال إنه من الخطأ الذهاب لأن حل هذه المسألة يرجع لمسألة استمرار شخصية المورث فى شخص الوارث بل هى ترجع لقواعد التسجيل المبينة فى مادتى ٦١٠ و ٦١٥ ويعززها حكم المادتين ٦١٧ و ٦١٨ فانه يستفاد منهما أن الموهوب له والموصى له بشىء معين لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من حاز بمقابل ملكية حق بعقد ذى تاريخ صحيح سابق على تسجيلهما ولكن يجوز ذلك لمن اشترى من الموهوب له أو الموصى له وسجل عقده بالاولوية .

فترجيح المشترى من الموصى له أو الموهوب له اذا سجل عقده نتيجة من نتائج امتزاج القاعدة القاضية بأن للغير أن يتمسك بعدم تسجيل المشترى الأول بقاعدة عدم

لزوم التسجيل فى الحقوق الآيلة بالميراث أو بعبارة أخرى تطبيق شبيه بحالة من اشترى من الوارث وسجل فيجب ترجيحه على من اشترى من المورث ولم يسجل

تلك آراء الاستاذ لمبير وهذه أسانيده وعضده فيها بعض القانونيين [1]

ولكنا نرجح رأى القضاء المصرى فقد فات أولئك الاساتذة أن القانون المصرى أحال الحكم فى المواريث «باعتبارها سبباً من أسباب الملك» على الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى وهى الشريعة الاسلامية بالنسبة للوطنيين — مادة ٥٤ أهلى (٧٧ مختلط)

ولا نزاع فى أن الشريعة الاسلامية تفيد أن البيع بمجرد عقده ينقل الملك بالنسبة للمتعاقدين ولغيرهما من ذوى الفائدة في العقد فلا نص فيها يقضى بتفضيل المسجل على غير المسجل كما جرى على ذلك القضاء — مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ نمرة ٤٦٥٩ و ١٨ يونيه سنة ١٨٩١ نمرة ٤٦٦٠ مجموعة أولى و ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ نمرة ٤٦٦١ و ٢٦ ابريل سنة ١٨٩٤ نمرة ٤٥٩٤ أولى وغيرها

وعلى ذلك يخرج الملك بالبيع من تركة المتوفى فلا يرثه الوارث مطلقاً ولا يملكه بحسب أحكام الشريعة الاسلامية وهى تحرص على الحقوق المتلقاة من المورث لدرجة عدم اعتبار الورثة ملاكاً للتركة اذا كانت مستغرقة بالدين الاّ اذا أبرأ الميت غريمُه أو أدى الوارث الدين بشرط التبرّع فمن باب أولى لا يملك الوارث ماباعه مورثه — « أنظر ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥٤

وما دام الوارث لا يرث المبيع فبيعه له قبل تسجيله هو بيع لما لا يملك

ويشترط فى البيع الناقل للملك سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير أن يكون مملوكاً للبائع ونفس تفضيل المسجل على غير المسجل لا يكون الاّ فى هذه الحالة . فاذا انعدم الملك فقد البيع أحد شروطه الاساسية وبطل من نفسه باعتبـاره بيع ملك الغير والتسجيل لا يصحح ما به من عيب عدم الملك حتى يلجأ لقواعد التسجيل

على أنه من الخطأ الارتكان على نص المواد ٦١٠ و٦١٧ و٦١٨ فان المادة

---

(١) راجع مجلة مصر الحاضرة عدد نمرة ١٤ لسنة ١٩١٣ ص ٢٠٧ — ٢٢٤ فيها ثلاث مقالات في هذا الصدد للاساتذة لمبير وأموس ناظرى مدرسة الحقوق سابقاً ومونييه المدرس بها

الأولى هى من الأدلة العديدة التى تفيــد تأثر الشارع المصرى بأحكام الشريعة الاسلامية اذ من المقرر شرعاً أن الحكم بثبوت الوراثة حكم على الكافة كما أشارت لذلك المادة ٣٥٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . فمتى ثبتت وراثة شخص لآخر آلت له حقوق المورث ولا حاجة لتسجيل امتلاكه مجموع التركة وهو لا يملكها فى الحقيقة إلا بعد اداء الدين ونفاذ الوصية اذ لا تركة الاّ بعد وفاء الدين . ومن جهة أخرى فالملكية اما أن تكون ثابتة للمورث بعقد مسجل وحينئذٍ لا معنى لتسجيلها مرة أخرى أو بعقد غير مسجل وفى هذه الحالة يجب تسجيله للاحتجاج به على الغير عملاً بنص المادة ٦١٥ اذ لا قائل بأن أيلولة هذا الحق بالميراث للوارث يغنى عن التسجيل ويجعله عقداً علنياً قابلاً للاحتجاج به على الغير

والاحتجاج بالعقد الصادر من الموصى له أو الموهوب له أولوه خطأ أيضاً فان نص المادة ٦١٧ يجب أن يفهم بغير ما أرادوا تأويله فالمفروض والواقع أن يكون التصرف صدر من نفس الواهب أو الموصى فى حياته وعلى ذلك يكون الحائز للحق الذى يفضل ولو لم يسجل عقده على الموهوب له والموصى اليه ولو سجلا عقودهما هو من تلقى الحق من نفس الواهب أو الموصى لا من تلقاه من وارث الواهب أو الموصى والدليل على ذلك أن الوارث لا يرث الاّ ما بقى بعد الهبة والوصية : من بعد وصية يوصى بها أو دين . فاذا باع الوارث الموصى به فقد باع ما لا يملك ويطلب الموصى له بطلان البيع بناءً على هذه القاعدة لا بناءً على قاعدة التسجيل اذ التسجيل لا يجعل العين مملوكة له ويستحيل القول بأن للغير أن يعتبره مالكاً مع وجود نص صريح فى الشريعة الاسلامية يمنعه من التملك

وعلى ذلك يكون النظر فى تفضيل المسجل على غير المسجل فى أحوال الوصية والهبة هو حالة صدور التصرفين من المورث فى حياته فقرر الشارع قاعدة أن الموهوب له والموصى اليه ولو سجلا لا يتمسكان بتسجيلهما قِبل الغير متى كان عقده ذا تاريخ ثابت والباعث له على ذلك الرغبة فى تفضيل العقد الذى يقابل على العقد الذى

بغير مقابل خصوصاً وأن العقد الذى بمقابل يفيد ضمناً الرجوع عن الوصية أو الهبة وهو أرجح للمورث وورثته فكأنه قرر قاعدة أن التسجيل لا تسرى قواعده الاّ فى حالة تساوى العقود فى القوة أما اذا اشترى شخص من الموصى له أو الموهوب له العين الموصى بها أو الموهوبة بمقابل فقد تساوت حقوق المتزاحمين على ملكية العين فكل منهما أدى ثمناً لما اشترى وعلى ذلك نرجع لقاعدة التفضيل بالتسجيل ومن جهة أخرى فمن اشترى من الموهوب له أو الموصى له اشترى من مالك أما المشترى من الوارث بعد بيع العين بمعرفة مورثه فقد اشترى من غير مالك

ذلك ما نراه و بودنا لو أنصف الشارع فقرر قواعد لعلانيــة الحقوق المتلقاة من المورث عقب وفاته تلافياً لما ينشأ من الاضطراب فى المعاملات وحسماً للخلاف فى النظريات

الفرع الثانى — حكم الهلاك فى المبيع

قوانين مصرية

مادة ٢٩٧ أهلى — اذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو اهماله وجب فسخ البيع ورد الثمن ان كان دفع الاّ اذا كان المشترى قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها او بمقتضى نص العقد

مادة ٣٧١ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٩٨ أهلى — اذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد

شريعة اسلامية

مادة ٣٦٦ مرشد الحيران — اذا هلك المبيع عند البائع بفعله أو بفعل المبيع أو بآفة سماوية بطل البيع ويرجع المشترى على البائع بالثمن ان كان مدفوعاً

مادة ٣٦٧ منه — اذا هلك المبيع بعد القبض بفعل المشترى فعليه ثمنه ان كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار له وان كان الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً لزمه ضمان مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيمياً

مادة ٣٦٨ منه — اذا هلك المبيع قبل القبض بفعل أجنبى فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع ويتبع البـائع المتعدّى على المبيع ويضمنه مثله لو مثلياً وقيمته لو قيمياً وان شاء أمضى البيع ودفع الثمن ورجع على المتعدّى

لامتنع المشترى عن الشراء كان المشترى مخيراً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه

مادة ٣٧٢ مختلط — مطابقة لها مع زيادة العبارة الآتية فى آخر المادة « الا اذا سبق منه رهنه »

مادة ٢٩٩ أهلى — وفى الحالتين السابقتين اذا كان هلاك المبيع أو حدوث العيب الذى أوجب نقص قيمته منسوباً للمشترى فيكون الثمن مستحقاً عليه بتمامه. أما اذا كان منسوباً للبائع فيكون ملزماً بالتضمينات إذا فسخ المشترى البيع وتنقيص الثمن اذا أبقاه

مادة ٣٧٣ مختلط — مطابقة لها

قانون فرنساوى

مادة ١٦٢٤ منه — ضمان ما تلف من المبيع كله أو بعضه أو ما تعيب منه قبل قبضه يكون على البائع أو على المشترى طبق ما هو مقرر فى كتاب العقود والالتزامات

١١٨٦ — نظرية هلاك المبيع من النظريات التى ينتقد فيها على الشارع المصرى اضطرابه في وضع أحكامها وتردده فى اتخاذ مبدأ ثابت لها فلا هو اتبع أحكام القانون الفرنسى الذى سار على قاعدة جعل الهلاك على « المشترى » ولا هو التزم خطة الشريعة الإسلامية التى تجعل الهلاك على « البائع » ما دام التسليم لم يحصل أى جعلت الهلاك تابعاً لقبض المبيع نقد التشريع

فبينا نرى أنه قرَّر فى آخر المادة ٢٦٦ أهلى بأنه ينشأ عن البيع أيضاً على حسب الأحوال أن يكون المبيع فى ضمان « المشترى » نجد أنه جعل الهلاك على « البائع » اذا حصل قبل التسليم فى مادة ٢٩٧ وما يليها ما عدا أحوالاً خاصة استثناها جعله فيها على المشترى وربما كانت هى المقصودة بعبارة المادة ٢٦٦ السابقة الذكر.

أوجد القانون بذلك اضطراباً لا موجب له . لأن فى العدول عن نظرية القانون الفرنسى رجوعاً للأصل كما سترى وجنوحاً لمجاراة أغلب الشرائع الأوروبيـة التى لم تأخذ بقاعدة القانون الفرنسى لأنهـا قاعدة استثنائية ولعلّ الداعى لهذا الاضطراب تناقض مذهبي القانون الفرنسى والشريعة الإسلامية ورغبة الشارع فى الأخذ عنهما معاً والتوفيق بين أحكامهما وعبثاً حاول لأن النقيضين لا يجتمعان لهذا جاءت نصوصه فى هذا المقام مفككة وأحكامها غير متماسكة

المقصود بالهلاك ومحله

١١٨٧ — وإنَّا قبل بيان حكم الهلاك نبين بإيجاز المقصود بنظرية الهلاك ومحلها وحكمها فى الشرائع الأجنبية والشريعة الإسلامية ثم نخرج من ذلك الى بيان أحكامها فى القانون المصرى

فمسألة الهلاك محلها كما لا يخفى العقود الملزمة للجانبين وموضعها التعهدات القاضية بإعطاء شيء كالبيع ومورده الأشياء المعينة بالذات فان كانت معينة بالنوع فلا يصدق فيها الهلاك — راجع مختصر بودرى ج ٢ فقرة ٨٨٣ ص ٤٣٤

فاذا هلك المبيع المعين بالذات قبل تسليمه استحال على البائع الوفاء بعهده القاضى بتسليم المبيع وأصبح لا يسوغ للمشترى أن يطالبه بتنفيذه لأن الإنسان لا يطالب بمستحيل ولكن تعهد المشترى بدفع الثمن لا يزال ممكن التنفيذ . فاذا أُجيز للبائع أن يطالب بتنفيذ التعهد بالثمن بعد هلاك المبيع لتيسر تنفيذه كان الذى يتحمل نتيجة هلاك المبيع هو المشترى لأنه سيؤدى الثمن بلا مقابل . واذا لم يجز للبائع المطالبة بالثمن كان الهلاك عليه لأنه خسر المبيع وحرم من المطالبـة بثمنه بل ووجب عليه رده إن كان قبضه

ذلك هو المراد بنظرية الهلاك والمقصود بقولهم الهلاك على « البـائع » أو على « المشترى »

حكم القانون الفرنساوى

١١٨٨ — وقد جعل القانون الفرنساوى الهلاك على « المشترى » مجاراة للشريعة الفرنساوية القديمة والشريعة الرومانية فكانتا تقضيان بأنه اذا هلك المبيع برئ البائع

من الإلتزام بالتسليم وألزم المشترى باداء الثمن ولم يجز له استرداده ان كان دفعه

وهذا المبدأ وان كان هو الأكثر شيوعاً فى العمل بحسب القانون الفرنساوى إلاَّ أنه معذلك استثناء من الأصل المتفق عليه . فالأصل أنه اذا استحال تنفيذ تعهد أحد المتعاقدين لحادثة قهرية سقط فى نفس الوقت تعهد العاقد الآخر لأن التعهدين متلازمان وكل منهما سبب للآخر . فالمشترى انما يدفع الثمن ليأخذ المبيع والبائع انما يعطى المبيع ليقبض الثمن بل كل منهما شرط للوفاء بالآخر وكل عاقد يقصد بتعهده المنفعة العائدة عليه من تعهد الآخر .

وقدطبق القانون هذا الأصل فى عدة مواضع فقضى بأنه اذا هلك الشيء المؤجر ينفسخ الإيجار حتماً — مادة ١٧٢٢ فرنساوى (٣٧٠ أهلى)

واذا هلك الشيء المطلوب استصناعه قبل التسليم فلا حق لصانعه فى أجرته — « انظر مادة ١٧٩٠ فرنساوى (٤١٧ أهلى فقرة أخيرة) وبلانيول ج ٢ ص ١٣٣٦ » .

خالف القانون الفرنساوى هذا الأصل فى البيع فبدل أن يجعل الهلاك على البائع جعله على المشترى مجاراة للقانون الرومانى كما تقدم(١)

وقد كان الرومان يبنون نظريتهم على قاعدة الغرم بالغنم فما دام المشترى ينتفع بزيادة المبيع من يوم البيع فعليه تبعة نقصه أو هلاكه ما دام الهلاك بحادث قهرى أما الشراح الفرنساويون فحاولوا تعليل هذه القاعدة بأنه متى تم العقد بتراضى الطرفين أصبح تعهد كل منهما مستقلاً عن تعهد الآخر فاذا أصبح التزام البائع بتسليم المبيع مستحيل التنفيذ لهلاكه فقد برئ منه لأن الإنسان لا يطالب بمستحيل (مادة ١٣٠٢ فرنساوى) ولا يسأل عن تعويض ما لأن الضرر لم ينشأ عن فعله بل عن حادثة قهرية

---

(١) يرى كثير من المؤلفين أن من الخطأ القول بأن القانون الفرنساوى جرى على قاعدة هلاك الشيء على مالكه *Res perit domino* فان محل تطبيق هذه القاعدة هى الأشياء التى لم تكن محلاً لتعهد ما أو المرهونة فهلاكها يكون على مالكها طبعاً — ويقولون بأنه جرى على قاعدة القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ويترتب على ذلك أنه لو اتفق المتعاقدان على أن الملك لا ينتقل الا بالتسليم فهلاك المبيع يكون على المشترى على كل حال — مختصر بودرى ج ٢ ص ٨٨٣ وبلانيول ج ٢ ص ٤٥٣ تعليق

فالبائع كان مسؤولاً عن حفظ المبيع وصيانته وتسليمه فى الميعاد المحدد وكان قائماً بذلك الى أن هلك المبيع فلم يستطع سبيلاً الى التسليم لأمر خارج عن ارادته

اما المشترى فيجب عليه تنفيذ التزامه بدفع الثمن لأنه ممكن . أما الاعتراض بدفعه ثمناً لشيء لم يأخذه فمدفوع بأن البائع قد يعرض له كذلك أن يخسر الثمن اذا سلم المبيع فاعسر المشترى وزد على ذلك أنه اذا ضوعفت قيمة المبيع فى الأثناء طابت الزيادة للمشترى وكان له الغنم فوجب أن يكون عليه الغرم

١١٨٩ — ولكن كثيراً من الشرائع الأجنبية لم تحذ حذو القانون الفرنساوى ففى انجلترا والنمسا يكون الهلاك على البائع طالما أن الملك باق له . وفى المانيا لا يكون الهلاك على المشترى إلاّ بعد تسليم المبيع (مادة ٤٤٦) ويقول الأستاذ بلانيول نقلاً عن سالى (*Saleilles*) بأن هذه القاعدة هى الأكثر انطباقاً على المعقول ونقول إنها قاعدة الشريعة الإسلامية

حكم الشريعة الاسلامية

١١٩٠ — واليك ما قرره الفقهاء فى هذا الشأن وأسانيدهم فى قولهم نقلاً عن كتاب بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع — ج ٥ ص ٢٣٨

ان المبيع لا يخلو اما ان هلك كله أو هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك قبل القبض أو هلك بعده . وكل ذلك لا يخلو اما ان هلك بآفة سماوية وإما ان هلك بفعل البائع أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى

فان هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع لأنه لو بقى أوجب مطالبة المشترى بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وهو عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلاً فلم يكن فى بقاء البيع فائدة فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشترى لأن انفساخ البيع ارتفاعه من الأصل كأن لم يكن (١)

---

(١) قارن ذلك بما جاء بيلانيول ج٢ فقرة ١٣٣٦ و١٣٣٧: اذا أصبح نفاذ تعهد أحد المتعاقدين متعذراً لحادثة قهرية لزم على ذلك نقض تعهد المتعاقد الآخر فى نفس الوقت وذلك لأن هذين التعهدين متلازمان ويتبعان بعضهما بالتضامن وكل منهما سبب للآخر أو شرط له اذ لم يقصد أحدهما أن يرتبط بتعهده بغير فائدة مرجوة له

على أن نفس هذا الشرط الضمنى فى العقود هو الذى أجاز دعوى الفسخ اذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ تعهده الممكن نفاذه وهو الذى ينبنى عليه انقضاء العقد من نفسه بانقضاء تعهدات الطرفين لتعذر تنفيذ العقد المذكور بمعرفة أحدهما .

وكذا اذا هلك بفعل المبيع بأن كان حيواناً فقتل نفسه لأن فعله على نفسه هدر فكأنه هلك بآفة سماوية

وكذا اذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشترى وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل

وان هلك بفعل المشترى لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لأنه بالاتلاف صار قابضاً كل المبيع لأنه لا يمكنه اتلافه الا بعد إثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن

وان هلك بفعل أجنبى فعليه ضمانه لاشك فيه لأنه اتلف مالاً مملوكاً لغيره بغير إذنه ولا يد له عليه فيكون مضموناً عليه بالمثل أو القيمة . والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع (أى البائع) الجانى فيضمنه مثله ان كان من ذوات الأمثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الأمثال وان شاء (أى المشترى) اختار البيع فاتبع الجانى بالضمان واتبعه البائع بالثمن لأن المبيع قد تعين فى ضمان البائع لأنه كان عيناً فصار قيمة وتعين المبيع فى ضمان البائع يوجب الخيار — انظر مادتى ٣٦٦ و ٣٦٨ مرشد الحيران

هذا اذا هلك المبيع كله قبل القبض

هلاك الكل بعد القبض

١١٩١ — فاما اذا هلك كله بعد القبض فان هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى لا ينفسخ البيع والهلاك على المشترى وعليه الثمن لأن البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن

وكذلك ان هلك بفعل أجنبى لما تقدم ويرجع المشترى على الأجنبى بضمانه

وان هلك بفعل البائع ينظر ان كان المشترى قبضه بإذن البائع أو بغير إذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فاستهلاكه واستهلاك الأجنبى سواء. وان كان قبضه بغير إذن البائع صار مسترداً للبيع بالاستهلاك فحصل الاستهلاك فى ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو فى يده — انظر مادة ٣٦٧ مرشد الحيران

هلاك البعض قبل القبض

١١٩٢ — هذا اذا هلك كل المبيع قبل القبض أو بعده فأما اذا هلك بعضه فإن كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لأن كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شيء من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع فى الكل وسقوط كل الثمن فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء أخذه بحصة من الثمن وان شاء ترك لأن الصفقة قد تفرقت عليه

وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل فى البيع من غير تسمية كالشجر والبناء فى الأرض والجودة فى المكيل والموزون لا ينفسخ البيع أصلاً ولا يسقط عن المشترى شيء من الثمن لأن الاوصاف لا حصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض لأنها تصير مقصودة بالقبض فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل القبض

وان هلك بفعل المبيع بأن جرح نفسه لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشترى شيء من الثمن لأن جنايتـــه على نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية وهلاك بعضه نقصان وصف[1] والأوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط شيء من الثمن ولكن المشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع

ولو كان المشترَى حيوانين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته من الثمن وان شاء ترك . لأن فعل العجماء جبار (أى هدر) فكأنه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حتف أنفه

وان هلك بفعل البائع يبطل البيع بقدره ويسقط عن المشترى حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتباراً للبعض بالكل سواء كان النقصان نقصان قيمة أو

---

(١) اى ليس بنقصان قدر لأن نقصان القدر يقابله شيء من الثمن كما بين فى الحالة السابقة

نقصان وصف لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها لأنها تصير أصلاً بالفعل فتقابل بالثمن والمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه ولو اختار المشترى الأخذ فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية أو من غيرها مات على البائع ويسقط الثمن عن المشترى لأن المبيع انما يدخل فى ضمان المشترى بالقبض ولم يوجد

واذا هلك بفعل المشترى لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شيء من الثمن لأنه صار قابضاً للكل باتلاف البعض أو لا يتمكن من اتلاف البعض الا بإثبات اليد على الكل وهو تفسير القبض أو صار قابضاً قدر التلف بالاتلاف والباقى بالتعييب فتقرر عليه كل الثمن

هلاك البعض بعد القبض

١١٩٣ — وحكم هلاك بعض المبيع بعد القبض كحكم هلاك الكل بعد القبض أى يكون الهلاك على المشترى فى جميع الأحوال الا اذا كان الهلاك بفعل البائع وذلك لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشترى فتقرر عليه الثمن وكذا اذا هلك بفعل أجنبى فالهلاك على المشترى ويرجع بالضمان على الأجنبى أما اذا هلك بفعل البائع فينظر ان لم يكن له حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بأن كان المشترى قبضه باذنه أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلاً فهذا وما لو أتلفه أجنبى سواء. وان كان له حق الاسترداد بأن كان قبضه المشترى بغير إذنه والثمن حال غير منقود فينفسخ البيع فى قدر المتلف ويسقط عن المشترى حصته من الثمن لأن البائع صار مسترداً لهذا القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر فى ضمانه فيسقط قدره من الثمن

حكم القانون المصرى

١١٩٤— استمد الشارع المصرى أحكام هلاك البيع من الشريعتين الفرنساوية والإسلامية وهما متعاكستان كما قدمنا فاضطربت نظريته حيث جعل الهلاك أحياناً على المشترى وأحياناً على البائع— انظر مواد ٢٦٦ و ٢٩٧ وما بعدها و ٢٧٤ و٢٤١ مدنى أهلى و ٩٤ تجارى أهلى

وبياناً لنظريته التى يجب العمل بها تقول: ان الهلاك إما أن يحدث بقوة قاهرة

أو بفعل أجنبي أو بتقصير من البائع أو المشترى وعلى كل فاما أن يحدث بعد التسليم أو قبله ·

١١٩٥ — فان حدث بعد التسليم فالهلاك على المشترى وحده — مختلط ٧ ابريل سنة ١٨٩٨ فقرة ٤٧١١ مجموعة أولى

١١٩٦ — أما اذا كان قبل التسليم فينظر :

١ — اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته منسوباً للبائع فهلاكه عليه وعلى ذلك لايجوز له ان يطالب بالثمن ويرده ان كان أخذه ويلزم بالتضمينات اذا فسخ المشترى البيع وبتنقيص الثمن اذا أبقاه — مادة ٢٩٩ أهلى

وعلى ذلك حكم بأنهُ اذا وقع البيع على جملة التبن الموجود بشونة البائع على ثمن معين للحمل الواحد ثم دفع المشترى شيئاً من الثمن ووضع يده على جزء من الشيء المبيع متعهداً بنقل ما بقى من التبن فى أجل مسمى ودفع باقى الثمن بعد معرفة كمية الشيء المبيع ووزنه جاز للمشترى إما أن يفسخ العقد وإما أن يستلم الشيء المبيع بالثمن المتفق عليهِ اذا كان قد تلف بفعل البائع — جرجا الجزئية ٨ فبراير سنة ١٩٠٤ عدد ٨١ مجموعة ص ١٥٣ س ٥

٢ — واذا حدث الهلاك بقوة قاهرة كان الهلاك على البائع أيضاً ولكنه لا يلزم بتعويض ما

٣ — وكذلك اذا حدث بفعل أجنبي لأن القانون جعله عليهِ ولو كان حدوث الهلاك بغير تقصير أو اهمال منه وللبائع حينئذٍ أن يتبع الأجنبيّ ويطالبه بالضمان — مادة ٢٩٧

يستوى فيما قدمنا حالة هلاك الكل أو هلاك البعض غير انهُ فى حالة هلاك البيع بأكمله يفسخ البيع ويرد الثمن ان كان دفع . وفى حالة نقص قيمته لعيب حدث فيهِ ينظر اذا كان العيب بحيث لو كان موجوداً قبل العقد لامتنع المشترى عن الشراء كان المشترى مخيراً بين الفسخ وبين ابقاء البيع بالثمن المتفق عليهِ — قارن بين هذا الحكم وحكم الشريعة الاسلامية الوارد فى الفقرة ١١٩٢ السابقة

ويلاحظ أن المراد بالعيب المنقص للقيمة والمشار اليه فى مادة ٢٩٨ هو العيب المادى كتلف أو هلاك بعض المبيع كما يستفاد من قول القانون فى النص الفرنساوي « Détérioration » فهى مقابلة لهلاك الشيء بأكمله المنصوص عليه فى المادة السابقة . يؤيد ذلك ما قدمنا فى الشريعة الاسلامية من أن المعتبر هو نقصان القدر لا نقصان الوصف لأن نقصان الوصف لا يقابله شيء من الثمن — أنظر فقرة ١١٩٢ المتقدمة

ومزية هذه الملاحظة أنها مخرجة لنقص القيمة الناشيء عن أزمة سياسية أو اقتصادية — بلانيول ج ٢ فقرة ١٣٥٢

وتقدير العيب ومعرفة ما اذا كان مانعاً للمشترى من الشراء أمر موكول للقاضى يقدره بحسب جنس المبيع وظروف البيع

وانما يشترط أن يكون العيب موجوداً قبل العقد

١١٩٧ — أما اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته منسوباً للمشترى كان هلاكه عليه فيدفع الثمن ان لم يكن أداه ولا يجوز له استرداده ان كان دفعه — مادة ٢٩٩ اهلى

كذلك يكون الهلاك على المشترى فى الأحوال الآتية :

١ — اذا دعى المشترى لاستلام المبيع بورقة رسمية كانذار أو بما يقوم مقامها كطلب المشترى أمام القضاء

وقد أشار القانون هنا الى حالة تأخر المشترى فى الاستلام بعد انقضاء الأجل المعين له وعلى ذلك لا تصح الدعوة للاستلام الا من اليوم التالى لانقضاء الميعاد المحدد للتسليم . فاذا دعى المشترى قبل ذلك لاستلام المبيع فلا قيمة لهذه الدعوة ويبقى الهلاك على البائع تبعاً للقاعدة الأصلية كما أنه اذا انقضى الأجل ولم تحصل الدعوة للاستلام بالكيفية السابقة فالهلاك يستمر على البائع لأنه رضى ضمناً بتحمله

وقد حكم بأنه لا يجوز لمشترى قطن أنذر بالاستلام أن يطلب فسخ البيع اذا لم

ينقص السعر بدعوى أن القطن تلف من المطر فان حق الفسخ لا يخول له الاَّ فى حالة عدم حصول تنبيه رسمى من البائع ووجود تلف يكون مانعاً من البيع لو كان حاصلاً قبل العقد — مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٠٥ س ١٧ ص ٨٤ فقرة ٤٣٦٨ مجموعة ثانية

٢ — اذا كان المشترى مدعواً للاستلام بمقتضى نص العقد كما اذا اشترط المتعاقدان بأن المشترى يكون مكلفاً بالاستلام بمجرد حلول الأجل وبغير تنبيه أو انذار وما شاكل ذلك فذلك دليل على أن البائع لم يرض بتحمل الهلاك عقب انقضاء الأجل المعين للتسليم والاستلام — مادة ٢٩٧ أهلى

ويلاحظ ان الفقرة الأخيرة من مادة ٢٩٧ أهلى مستمدة من أحكام المادتين ١١٣٨ و ١١٣٩ من القانون الفرنساوى وان كانت نظرية القانونين متعاكسة ففى القانون الفرنساوى يكون الهلاك فى هذه الأحوال على البائع

٣ — اذا وضع المشترى يده على المبيع بدون اذن البائع ولم يكن دفع الثمن المستحق فهلك المبيع وهو فى حيازته كان هلاكه عليه لأن ذلك يعتبر من جانبه استلاماً — مادة ٢٧٤ اهلى

١١٩٨ — ويجب أن يحصل التسليم بالكيفية المقررة قانوناً فى باب تسليم المبيع فاذا كان المبيع تحت يد أجنبى بالنيابة عن البائع (كمستأجر أو وديع) فضمانه على البائع

ويقول الفقهاء بأنه لو قال المشترى للبائع لا أعتمدك على المبيع فسلمه الى فلان يمسكهُ حتى أدفع لك الثمن ففعل البائع وهلك عند فلان هلك من البائع لأن الامساك لأجله — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٥

الهلاك فى البيوع المعلقة على شرط

١١٩٩ — لا صعوبة فى تطبيق ما قدمنا من القواعد اذا كان البيع مطلقاً فلننظر فى كيفية تطبيقها على البيوع المعلقة على شرط

من المعلوم أن الشرط اما موقف أو فاسخ

فان كان البيع معلقاً على شرط موقف فالهلاك بلا خلاف على البائع حتى فى

الشريعة الفرنساوية وذلك لأن البيع لا ينعقد والبائع لا يلزم بتسليم المبيع الا بوقوع الشرط فاذا هلك المبيع قبل وقوعه انعدم محل البيع وامتنع انعقاده وسقطت تعهدات الطرفين من تسليم أو دفع ثمن

أما اذا كان معلقاً على شرط فاسخ فملكية المبيع تنتقل من تاريخ العقد وعلى ذلك يصح تسليم المبيع واستلامه لأن الذى يكون معلقاً هو الفسخ . فاذا استلم المشترى المبيع أو دُعى لاستلامه كان هلاكه عليه . أما اذا لم يكن استلمه حقيقة أو حكماً فالهلاك على البائع لعموم نص المادة ٢٩٧ مدنى أهلى والواقع أن لا خلاف بينه وبين البيع المطلق فإنه اذا هلك المبيع بعد الاستلام ثم وقع الشرط الفاسخ فالفسخ متعذر لهلاك المبيع

الهلاك فى البيع بالوزن أو الكيل أو العد

١٢٠٠ — الى هنا سار القانون على طريقة جعل الهلاك تابعاً للتسليم ووفق بين أحكام الشريعة الاسلامية والشريعة الفرنساوية ولكننا نجد أحكاماً أخرى ذهب فيها مذهب القانون الفرنساوى بغير أن يفطن للاءمتها مع ما تقدم من الاحكام فقرر فى مادة ٢٤١ أهلى أنه اذا كان البيع بالوزن أو بالكيل أو بالعدد فلا يعتبر البيع تاماً بمعنى أن المبيع يبقى فى ضمان البائع الى أن يوزن أو يكيل أو يعد أو يقاس

ووجه الانتقاد أنه جعل الهلاك تابعاً للملك جرياً على القاعدة القاضية بأن هلاك الشيء على مالكه وقد قدمنا أن نفس القانون الفرنساوى لم يبن نظريته عليها

وقد كان القانون المصرى فى غنى عن الاستهداف لمثل هذا النقد لو أنه استمر على طريقه الذى استنه من جعل الهلاك تابعاً للتسليم لأن التسليم نفسه لا يتم الا بالوزن او الكيل او العدد

وعلى كل حال يجب الرجوع لشراح القانون الفرنساوى لمعرفة الاحوال التى يكون الهلاك فيها على البائع

فإذا كان الوزن أو الكيل أو العدد أو المقاس لازماً لتقدير الثمن كان الهلاك على البائع لأن البيع لا ينعقد الا بذلك — مثاله باع شخص جميع القمح الموجود

فى مخزنه بسعر الإردب جنيهاً فهلك كان هلاكه على البائع

وإذا باع شخص عشرة أرادب قمح اوعشرة قناطير فحم مما فى مخزنه فتلف بعض القمح اوالفحم اوانعدم وبقى فى المخزن مقدار يفى بتعهد البائع وجب عليه تسليم القدر المتفق عليه وكان الهلاك عليه وحده

الهلاك فى البيع الجزاف

أما فى البيع الجزاف فالهلاك على المشترى كما يستفاد (من تقابل مادتى ٢٤٠ و ٢٤١ مدنى أهلى ويلاحظ أن فى ذلك تناقض للقواعد التى سبق فقررناها ولكن لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص .

الهلاك فى البيوع التجارية

١٢٠١ — وقررت المادة ٩٤ من القانون التجارى الأهلى (٩٩ مختلط و ١٠٠ فرنساوى) على أن « البضائع التى تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرها فى الطريق على من يملكها ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك . انما يكون له الرجوع على الوكيل بالعمولة وأمين النقل المتعهدين بالنقل

جرت هذه المادة كذلك على قاعدة القانون الفرنساوى لفظاً وحكماً ولم يراع الشارع فيها ما قرره فى القانون المدنى من أحكام الهلاك ووجوب التمشى على قاعدة واحدة فحاد عن طريقه وقرر ان الهلاك على المالك طبقاً لقاعدة هلاك الشىء على مالكه

١٢٠٢ — ولا نزاع فى أن الهلاك يكون حينئذ على المشترى لأن الملك ينتقل له بمجرد التراضى وعلى ذلك يجب النظر لمعرفة ما اذا كان فى وقت خروج المبيع من مخزن البائع يكون البيع تم فينتقل الهلاك على المشترى أو لم يتم

١٢٠٣ — أما اذا كان المبيع معيناً بالذات أو كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً وحينئذ يكون الهلاك على المشترى فى الحالتين حتى ولو لم يحصل وزن أو عدد أو كيل فى الحالة الثانية

وحتى لو اشترط بين المتعاقدين ان مصاريف النقل على المرسل فان جعل المصاريف عليه لا يهدم الافتراض الذى افترضه القانون من جعل الهلاك على

المشترى — مونبليه ٢١ ديسمبر سنة ١٨٢٦ تعليقات داللوز فقرة ٤ مادة ١٠٠ تجارى

١٢٠٤ — أما اذا كان البيع بالوزن أو الكيل أو العدد فالهلاك على البائع لأن البيع لا يتم الا بحصوله. وهذا ما لم يوجد شرط مخالف يقضى بأن الهلاك يكون مع ذلك على المشترى

١٢٠٥ — كما اذا اشترط أن البيع يكون تسليم السفينة [١] فمتى سلم المبيع فى هذه الحالة للسفينة الواجب نقله فيها كان خطره على المشترى — تعليقات داللوز فقرة ٧ مادة ١٠٠ تجارى وحكم المختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ فقرة ٤٣٦٧ مجموعة ثانية

١٢٠٦ — كذلك يكون الهلاك على البائع فى حالة ما اذا أرسل البضاعة خطأ الى المشترى بعنوان مغلوط

أو أرسلها لوكيل بالعمولة ولم يعلم باسم المرسل اليه فهلكت بعد الايداع بسبب هذا الاهمال

أو اشترط أن يكون الهلاك على البائع

أو تعهد باجراء التسليم فى مكان متفق عليه فانه يعتبر مالكاً لحين التسليم — « فقرات ١٣ و ١٤ و ١٥ و ١٦ منه »

١٢٠٧ — وعلى كل حال لا يكون هلاك المبيع على المشترى الا اذا كان فى الامكان تمييز المبيع وتسليمه بنية نقل الملك اليه . فاذا أرسلت البضاعة لشخص ثالث وطلب منه أن لا يسلمها الا بعد دفع ثمنها أو اتخاذ الكفالات اللازمة فالهلاك على البائع — فقرة ١٧ منه

تنبيه — يلاحظ ان القاعدة فى الشريعة الإسلامية مطردة فالهلاك على البائع طالما ان التسليم لم يحصل . جاء بابن عابدين ما يأتى :

اشترى وعاء لبن فى السوق فأمر البائع بنقله الى منزله فسقط فى الطريق فعلى البائع ان لم يقبضه المشترى

---

(١) *Livraison sous vergue ou franco à bord*

واشترى فى المصر حطباً فغصبه غاصب حال حمله الى منزله فمن البائع لأن عليهِ التسليم فى منزل الشارى بالعرف — أنظر ج ٥ ص ٤٥

وجاء بالبدائع :

ان كان المبيع مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف حتى لو اشترى مذروعاً مذارعة أو معدوداً معاددة ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع ويجوز له بيعه والانتفاع بهِ قبل الذرع والعد بلا خلاف

وان كان مما له مثل فان باعه مجازفة فكذلك لأنه لا يعتبر معرفة القدر فى بيع المجازفة . وان باع مكايلة أو موازنة فى المكيل أو الموزون وخلى فلا خلاف فى أن المبيع يخرج عن ضمان البائع ويدخل فى ضمان المشترى حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن يهلك على المشترى — أنظر ج ٥ ص ٢٤٤

الفصل التاسع

فى تعهدات البائع

عموميات ١٢٠٩ — بينا فيما تقدم حكم البيع الأصلى وهو نقل الملك[1] ونشرع الآن فى بيان الأحكام التبعية وهى نوعان :

نوع خاص بتعهدات البائع ونوع خاص بتعهدات المشترى وسنتكلم عليها بهذا الترتيب

١٢١٠ — قسم القانون تعهدات البائع الى قسمين :

١ — تسليم المبيع

٢ — ضمان المبيع

وهذان هما التعهدان الأساسيان وقد يفصلها بعضهم كما يأتى :

---

(١) يزيد الشرعيون صفة لهذا الحكم وهى اللزوم بمعنى أنه لا ينفرد احد العاقدين بالفسخ فاذا انعقد البيع صحيحاً فلا يجوز فسخه الا بالتراضى او التقاضى بناء على وجه قانونى للفسخ . ولا نزاع فى أن هذا حكم القانون أيضاً .

١ — حفظ المبيع وصيانته لحين تسليمه

٢ — تسليمه بالكيفية المعتبرة قانوناً

٣ — ضمان العيوب الخفية

٤ — ضمان عدم منازعة البائع للمشترى فى حيازته

٥ — ضمان تعرض الغير أو استحقاق المبيع له

فى التعهد بحفظ المبيع

١٢١١ — أما التعهد الأول فهو نتيجة طبيعية للتعهد بالتسليم فعلى من يلزمه تسليم شيء أن يقوم بحفظه وصيانته حتى يتيسر له الوفاء بالتزامه فإذا قصر فعليه تبعة تقصيره فانما هو كالحارس مسئول عن حراسة الشيء حتى يسلمه طبقاً للمبادىء العامة

ويترتب على التزام البائع بحفظ المبيع وصيانته الى حين تسليمه أن يمتنع عن احداث أى تغيير فى المبيع بنفسه بعد البيع اذ يجب أن يسلم المبيع للمشترى بالحالة التى كان عليها وقت العقد — قارن مادة ١١٣٦ فرنساوى وبلانيول ج ٢ فقرة ١٤٤٧ و ١٤٥٣

١٢١٢ — أما التعهدات الثلاثة الأخيرة فليست سوى تجزئة للتعهد بالضمان

وقد تختلف تعهدات البائع مع ذلك باختلاف الشروط المتفق عليها بين المتعاقدين فاذا نص على شرط وجب اتباعه والاّ فيرجع لحكم القانون فى الأحوال المسكوت عنها . ومعنى ذلك أنه اذا لم ينص فى الشروط المعقودة على شيء خاص كان التزام البائع قاصراً على التعهدات القانونية وهى الضمان والتسليم بالكيفية المقررة فى القانون

وعلى هذا المبدأ حكم بأن من باع أرضاً لا يكون ملزماً بايجاد مسيل لمياه المطر التى تسيل من منزل بناه المشترى بالأرض المذكورة ما لم يوجد شرط خاص بالزامه بذلك لأن هذا الالتزام لا يدخل ضمن التعهد بالتسليم ولا التعهد بالضمان — أنظر بودرى المطول فقرة ٢٨٥ والتعليق الوارد عليها

وسنتبع فى شرحنا تقسيم القانون

القسم الأول — فى التسليم

قوانين مصرية

مادة ٢٧١ أهلى — تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع

ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى وعلمه بذلك ولو لم يستلمه بالفعل

مادة ٣٤٢ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٧٢ أهلى — يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها فتسليم العقار اذا كان من المبانى يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه واذا كان عقاراً آخر فبتسليم حججه وهذا وذاك إن لم يكن مانع لوضع يد المشترى عليه

وتسليم المنقولات يكون بالمناولة من يد الى يد أو بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات

ويجوز حصول التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين اذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشترى قبل البيع لسبب آخر

شريعة اسلامية

مادة ٣٤٠ مرشد الحيران — التسليم فى المبيع هو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشترى على وجه يتمكن المشترى من قبضه من غير حائل ولا مانع

مادة ٣٤١ منه — التخلية قبض حكماً وهى تختلف بحسب حال المبيع فان كان المبيع عقاراً كدار أو حانوت أو نحوه مما له قفل فتسليمه يكون بدفع المفتاح الى المشترى مع الاذن له بقبضه كما يكون بالتخلية بين المبيع والمشترى والاذن له باستلامه ان كان المبيع قريباً منه

مادة ٣٤٢ منه — اذا كان المبيع أرضاً فتسليمها الى المشترى يكون بالتخلية من البائع على وجه يتمكن المشترى من قبضها بأن تكون قريبة منه

فان كانت بعيدة عن المشترى فلا يعتبر قابضاً بمجرد اذن البائع له بالقبض

مادة ٣٤٣ منه — اذا كان البائع منقولاً فتسليمه يكون بمناولته من يد البائع أو وكيله الى يد المشترى أو وكيله كما يكون بالتخلية والأذن بالقبض

فاذا كان المبيع داخل حانوت أو صندوق يكون تسليمه بدفع مفتاح الحانوت أو الصندوق الى المشترى مع الاذن له بقبضه

مادة ٣٤٤ منه — كيل المكيلات ووزن الموزونات المبيعة بأمر المشترى ووضعها فى الاوعية والجوالق التى هيأها المشترى لوضع المبيع فيها يكون تسليماً .

مادة ٣٤٥ منه — اذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع بغصب أو بعقد فاسد فاشتراها من المالك ينوب القبض الاول عن الثانى

وان كان المبيع فى يد المشترى عارية أو

مادة ٣٤٣ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٧٣ أهلى — تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها أو بتصريح البائع للمشترى بالانتفاع بها ان لم يوجد مايمنع من الانتفاع المذكور

مادة ٣٤٤ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٧٤ أهلى — وضع اليد على المبيع بدون اذن البائع لا يكون معتبراً ان لم يدفع الثمن المستحق بل يكون للبائع الحق حينئذٍ فى استرداد المبيع اما اذا هلك المبيع وهو فى حيازة المشترى كان هلاكه عليه

مادة ٣٤٥ مختلط — مطابقة لها

وديعة أو رهناً فلا يصير قابضاً بمجرد العقد الا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب اليه حتى يتمكن من قبضه

مادة ٣٤٦ — يشترط فى التسليم ان يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق البائع فانكان المبيع داراً مشغولة بمتاع البائع أو أرضا مشغولة بزرعه فلا يصح التسليم الا اذا فرغ الدار من المتاع والارض من الزرع ويجبر على التفريغ والتسليم للمشترى اذا نقده الثمن

مادة ٣٤٧ — اذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه ولم يمنعه من قبضه يعتبر ذلك اذناً من البائع له بالقبض

مادة ٣٤٨ منه — اذا قبض المشترى المبيع قبل اداء الثمن المستحق اداؤه بلا اذن بائعه فلا يكون قبضه معتبراً وللبائع حق استرداده فان هلك المبيع فى يد المشترى ينقلب القبض معتبراً ويلزم المشترى باداء ما فى ذمته من الثمن

مادة ٣٤٩ منه — تأجير المشترى المبيع قبل قبضه ولو من بائعه أو بيعه قبل قبضه ولو منه وهو منقول غير جائز فلا يصير به قابضاً للمبيع

وان وهب المشترى العين المبيعة قبل قبضها أو رهنها قبله وقبضها الموهوب له أو المرتهن جاز وقام قبضه مقام قبض المشترى

قانون فرنساوى

مادة ١٦٠٤ منه — التسليم هو نقل المبيع الى حيازة المشترى وقدرته على التصرف فيه

مادة ١٦٠٥ منه — التزام تسليم العقار يحصل بتسليم البائع المفتاح للمشترى اذا كان المبيع بناء أو بتسليم سند الملكية

مادة ١٦٠٦ منه — تسليم الأمتعة المنقولة يحصل :

اما بالقبض فعلا

واما بتسليم مفاتيح البيت الذى فيه تلك الأمتعة

أو بمجرد تراضي المتعاقدين اذا كان النقل لا يتأتى حصوله وقت البيع او كان المشترى واضعاً يده عليها قبل الشراء لسبب آخر .

مادة ١٦٠٧ منه — تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها أو باستعمالها الحاصل برضاء البائع

تعريفه ومأخذه ١٢٠٣ — عرف القانون التسليم في المادة ٢٧١ أهلى فقال بأن تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع

وقد استمد القانون هذا التعريف من الشريعة الاسلامية لأن القانون الفرنساوى باتفاق الشراح أخطأ في وضع التعريف الذى أورده في مادة ١٦٠٤ فرنساوى فان عبارة «وقدرة المشترى على التصرف فيه» تفيد القبض الناقل للملك كما كان الحال في عهد القانون الرومانى ومعلوم أن الملك ينتقل بمجرد التعاقد بغير حاجة لاجراآت أخرى

أما التسليم في الشريعة الإسلامية فيعرفه الفقهاء بأنه يكون بالتخلية على وجه يتمكن المشترى من التصرف فيه وقبضه بلا حائل ولا مانع

والمراد بقولهم بلا حائل ولا مانع أن يكون المبيع مفرزاً غير مشغول بحق الغير فلو باع داراً وسلمها الى المشترى وله فيها متاع قليل أو كثير فلا يكون ذلك تسليماً حتى يسلمها فارغة — ابن عابدين ج ٤ ص ٤٥

وبعبارة أخرى فالتسليم والقبض هو التخلية والتخلى وهو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشترى برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشترى من التصرف فيه فيجعل البائع مسلماً للمبيع والمشترى قابضاً له — بدائع ص ٢٤٤ ج ٥

وقد زاد القانون الفقرة الثانية من مادة ٢٧١ القاضية بأنه « يحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى وعلمه بذلك ولو لم يستلمه بالفعل » نقلاً عن الشريعة أيضاً

فالشرعيون يقولون ان التسليم عبارة عن جعل المبيع سالماً للمشترى أى خالصاً له بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليماً من البائع

والتخلى قبضاً من المشترى . وذلك لأن التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بدّ وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه والذى فى وسعه هو التخلية ورفع الموانع . فاما الاقباض فليس فى وسعه لأن القبض فعل اختيارى القابض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز — بدائع ص ٢٤٤ ج ٥

وهذا يوضح المراد بالفقرة الثانية السالفة الذكر ويعلل حكمة وضعها . وانما يشترط لصحة الوفاء أن يعلم المشترى بوضع المبيع تحت تصرفه

١٢١٤ — والتسليم وان لم يتوقف عليه نقل الملك كما كان الحال فى عهد القانون الرومانى الاّ أنه يترتب عليه نتائج هامة وهى أنه :

١ — ينقل حيازة المبيع حيازة شرعية للمشترى ويمكنه من الانتفاع به واستعمال الحقوق التى يخولها له حق الملكية . ولهذا أجيز له طلب فسخ البيع اذا تأخر البائع عن التسليم بعد التكليف به — مادة ٢٧٨ اهلى (٣٤٩ مختلط)

٢ — ويلزم المشترى بفوائد الثمن حتى يؤديه اذا كان المبيع الذى سلم يأتى بثمرة أو ينتج منه أرباح — مادة ٣٣٠ اهلى

٣ — ويجعل هلاك المبيع على المشترى أما قبله فتارة يكون على البائع وطوراً على المشترى كما سبق

٤ — وينقل الملك فى المبيع المعين بنوعه فقط — مادة ٢٦٨ اهلى

التسليم فى غير البيع

١٢١٥ — ولما كان التعهد بالتسليم ليس قاصراً على عقود البيع بل يحصل فى العقود المثبتة لمجرد حقوق شخصية كعقد الاجارة وجب الرجوع الى طرق التسليم الواردة فى باب البيع وتطبيق قواعدها على تلك العقود لأن القانون لم يبين للتسليم طرقاً أخرى غير التى نحن بصددها — بودرى المطول فقرة ٢٨٧

طرقه

١٢١٦ — التسليم اما أن يكون فعلياً كاعطاء المنقول المشترى أو حكمياً كوجود الشىء تحت يد المشترى بسبب ما كالاجارة أو العارية فاذا اشترى المستأجر العين من المالك ناب القبض الأول عن الثانى . وليس من اللازم أن يكون التسليم فعلياً

فوفاء الالتزام بالتسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع وعلمه بذلك ولو لم يحصل التسليم فعلاً .

١٢١٧ — وقد هجرت القوانين الحديثة طرق التسليم القديمة كالتسليم الصورى أو الرمزي وكان من مقتضاه أن يسلم البائع بعض الطين للمشتري رمزاً على تسليم المبيع له

فليس للتسليم الآن طرق خاصة بل تسليم كل شيء يكون بحسب جنسه وتلك هى القاعدة العامة التى أوردها القانون فى مادة ٢٧٢ أهلى ثم أشفعها بعد ذلك ببيان بعض الطرق فى تسليم العقارات والمنقولات والحقوق المعنوية .(مجرد الحقوق)

١٢١٨ — ولا يغيب عن الذهن ان تلك الطرق واردة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر كما يستفاد من صريح التعبير بلفظ « يجوز » . لذلك ترى أنه قد يقضى العرف أو يتفق المتعاقدان على خلافها مما لا حصر له

الفرع الأول — فى تسليم العقارات

١٢١٩ — قررت المادة ٢٧٢ أهلى بأن تسليم العقار اذا كان من المبانى يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه واذا كان عقاراً آخر فبتسليم حججه وهذا وذاك ان لم يكن مانع لوضع يد المشتري عليه

فتسليم المفاتيح والحجج يراد به تمكين المشتري من وضع يده على المبيع والتصرف فيه تصرف الملاك فاذا كان المبيع مكاناً مغلقاً وجب تسليم المفتاح لامكان دخوله وتسليم الحجج لاثبات ملكيته للمشتري .

والمراد بالحجج المقتضى تسليمها جميع المستندات التى تثبت ملكية البائع للمبيع وقت البيع لا مجرد عقد البيع . وذلك لأن سندات الملك لازمة للمشتري اذا أراد التصرف فيما اشتراه لأنه مجبور على اثبات ملكيته له عند التصرف فيه . فاذا اقتصر على

تقديم عقد مشتراه هو لما كان ذلك كافياً لاثبات أن بائعه ومن تلقى الملك عنهم كانوا يملكون العين المبيعة

فجميع المستندات التي تثبت ذلك هى ما يجب تسليمهُ للمشترى وهى التى يعتبر بتقديمها ان التسليم تام — أنظر بودرى المطول فقرة ٢٩٢

ويجوز أن لا يتم التسليم الاَّ بتسليم المفاتيح والحجج معاً متى كانت الحجج تحت يد البائع كالك منزل « بعقد » باعه فعليه أن يسلم الحجة التى اشترى بها والمفاتيح فاذا امتنع عن تسليم الحجة راغباً تسليم المفاتيح فقط كان التسليم غير تام . أما اذا كان المنزل آل اليه بالميراث فتسليم مفاتيحه كاف

وجوب التخلية

١٢٢٠ — والتخلية لازمة لصحة التسليم . فواجب على البائع أن يترك المبيع للمشترى على وجه يتمكن فيه من قبضه وأن يمتنع عن التصرف فيه : فاذا كان المبيع داراً للسكنى كفَّ عن سكناها ونقل أمتعته منها وان كانت أرضاً كفَّ عن زراعتها وجنى محصولها وان كانت أملاكاً مؤجرة امتنع عن تحصيل الايجار . وهكذا يمتنع عن مباشرة كل ما كان له من الحقوق بصفته مالكاً فطريقة الامتناع تختلف باختلاف المبيع

١٢٢١ — وقد يعتبر مجرد الامتناع عن مباشرة الحقوق تسليماً لأنه ليس فى قدرة البائع أن يفعل شيئاً آخر . مثال ذلك بيع فضاء آل للبائع بالميراث أو بمضى المدة ففى هذه الحالة لا تسلم حجج ولا مفاتيح وانما يتم التسليم بتخلية الأرض ووضعها تحت تصرف المشتري وعلمه بحيث يمكنه استلامها — أنظر الفقرة الثانية من مادة ٢٧١

التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين

١٢٢٢ — كذلك يحصل التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين اذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشترى قبل البيع لسبب آخر كارتهانه أو استئجاره أو غصبه [1] — « مادة ٢٧٢ فقرة أخيرة »

١٢٢٣ — اذا وجد عائق لوضع اليد ناشئ من فعل البائع لأنه لم يدفع الثمن

(١) راجع مادة ١٧٦ أهلى (٢٣٩ مختلط) فهى تنص على براءة ذمة المتعهد بتسليم عقار اذا استحصل على تعيين امين حارس للعقار المذكور بحكم يصدر بمواجهة المتعهد أو فى غيبته بعد تكليفه بالحضور

بأكمله لمن باع اليه هو فهذا العائق يجيز للمشترى بعد انذار البائع أن يطلب فسخ البيع لعدم قيامه بتسليم المبيع — مختلط ١١ نوفبر سنة ١٩٠٣ فقرة ٤٣٨٣ مجموعة ثانية

الفرع الثانى — فى تسليم المنقولات

طرقه ١٢٢٤ — قال القانون ان تسليم المنقولات يكون بالمناولة من يد الى يد أو تسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات أو بمجرد ارادة المتعاقدين اذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشترى قبل البيع لسبب آخر — مادة ٢٧٢ أهلى (٣٤٢ مختلط)

وهذه ليست الطرق الوحيدة لتسليم المنقولات . فقد يتم التسليم بالتخلية ووضع المبيع تحت تصرف المشترى مع علمه بذلك ولو لم يستلمه فعلاً . مثال ذلك زرع قائم فتسليمه لايتأتى أن يكون بالمناولة وانما يتم بالتخلية والكف عن التصرف فيه بأى وجه من قبل البائع

١٢٢٥ — وفى حالة حصول التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين لوجود المبيع تحت يد المشترى بسبب آخر غير البيع كالاجارة والوديعة يقول فقهاء الشريعة الاسلامية بأن القبض الأول ينوب عن القبض الثانى (راجع مادة ٣٤٥ مرشد الحيران) ويقول شراح الافرنج ان صفة وضع اليد هنا تتغير من حال الى حال فبعد ان كان المشترى واضعاً يده بالنيابة عن البائع فانه يضع يده بصفته مالكاً وبعد ان كانت يده يد أمانة تصبح يد ملك وعلى ذلك يعتبر هذا التغيير تسليماً لأن الشىء أصبح موضوعاً تحت تصرف المشترى والبائع تنازل عن حق حيازته

فى التسليم بالتراضى على وضع يد البائع ١٢٢٦ — ويكون التسليم ايضاً بمجرد التراضى على وضع يد البائع بالنيابة عن المشترى (١) فاذا اتفق البائع مع المشترى على أن يستمر البائع واضعاً يده على المبيع كمستأجر أو منتفع أو غير ذلك فيعتبر أنه وضع يده بالنيابة عن المشترى وانه استلم منه الشىء بعد تسليمه له بمجرد الارادة . والتغيير هنا يحصل فى وضع يد البائع فبعد ان كانت يد تملك أصبحت يد عارية تعترف بملكية المشترى

(١) Constitut possessoire

في التسليم بأعمال أخرى

١٢٢٧ — وقد يكون التسليم بأعمال أخرى خلاف التراضي

١ — كالمناولة يداً ليد أو بوزن الموزونات وكيل المكيلات ووضعها في الأوعية والجوالق التي هيأها المشتري لوضع المبيع فيها وجعلها تحت تصرفه

٢ — أو نقلها من مكانها بحيث تكون تحت تصرف المشتري فيتيسر له وضع يده عليها والانتفاع بها بلا مانع — قارن مادة ٣٤٤ مرشد الحيران والمختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ فقرة ٤٢٧٨ مجموعة ثانية

٣ — أو باعطاء مفاتيح المخزن الموضوع به الشيء المبيع . ولا يشترط أن يكون تسليم المفاتيح عند المخزن المذكور

٤ — أو بتسليم المستندات المثبتة لملكية البائع — وسكوت القانون عن ذكر المستندات في حالة تسليم المنقولات لا يفيد عدم ضرورتها لأن السكوت هنا سببه أنه في غالب الأحيان لا توجد مستندات للمنقولات ولكن متى وجدت سلمت فاذا كانت البضاعة مثلاً مودعة بشونة أو مخزن عمومي وجب على البائع أن يسلم المشتري الايصال الدال على تملكه للمبيع وفي حالة بيع السفن التجارية يجب تسليم عقد التمليك لأنها لا تباع الا بسندات رسمية — مادة ٣ من قانون التجارة

٥ — أو بوضع علامة المشتري أو ختم محل تجارته عليه برضاء البائع فان ذلك يفيد استلام البضاعة ومتى كان حصوله برضاء البائع فانه يدل على انه سلم المبيع للمشتري فاستلمه ووضع عليه علامته

٦ — وفي حالة بيع شيء مسلم لأمين نقل كشحنه بسكة الحديد أو المراكب أو عربات النقل فالتسليم يكون بارسال بوليصة الشحن أو جواب الاستلام للمشتري لأنه بمقتضى هذه البوليصة يكون له الحق وحده في استلام الشيء

٧ — كذلك يحصل التسليم باعطاء أمر تسليم للمشتري به يأمر البائع مستخدمه بتسليمه الشيء المبيع

وهكذا لأنه من المستحيل تعداد جميع أوجه التسليم فانها تختلف باختلاف المبيع ومكان وجوده وعرف الجهة

٨ — والأعمال التى تفيد سبق التسليم والاستلام تعتبر فى حكم التسليم مثال ذلك وضع علامات محل تجارة المشترى على بضاعة اشتراها ولو لم يستلمها فعلاً . أو جنى قطن وحمله . أو قطع شجر واستصناعه . فان هذه الأعمال التى تفيد التصرف فى المبيع تدل على أن التسليم تم وان كان لم يحصل فى الواقع بطريقة فعلية

١٢٢٨ — ومجمل القول انه يجب الرجوع للأحكام العامة التى وضعها القانون للتسليم . فمتى وضع الشىء تحت تصرف المشترى وعلم به وجاز له التصرف فيه بلا مانع كان ذلك تسليماً مبرئاً له من تعهده به

وقد يعد العمل الواحد أحياناً تسليماً وأحياناً لا يعد كذلك كشحن بضاعة بطريق السكة الحديد . فمجرد الشحن يعد تسليماً اذا كان التسليم يحصل بالجهة التى فيها التصدير وليس الأمر كذلك اذا كان التسليم بجهة الوصول فان التسليم لا بدّ من حصوله فعلاً للمشترى وان كان بمركب يجب على الأقل أن يكون المشترى أنزل البضاعة على الرصيف

في التفريق بين التسليم والاستعمال

١٢٢٩ — ويجب الاحتراز من الخلط بين التسليم و بين استعمال الشىء وتخزينه لمعرفة ما اذا كان صالحاً لما أعد له أو غير صالح

فان التعهد بالتسليم أمر لازم لكل بيع . أما حق التجربة فلا ينشأ الاّ عن شرط صريح فى العقد أو عن العرف الثابت ويترتب عليه عدم انعقاد البيع الاّ بعد تمام التجربة كما سبق فأبنّا ذلك لأن البيع يعد معلقاً على شرط موقف

اهمية تحديد ميعاد التسليم

١٢٣٠ — ولتحديد ميعاد التسليم أهمية كبرى فانه اذا استلم المشترى المبيع فليس للبائع حق الاسترداد اذا أفلس المشترى المذكور — بودرى المطول فقرة ٢٩٥

١٢٣١ — وحكم بأنه اذا بيع قطن من زراعة البائع على أن يسلمه فى مخازنه فالوفاء بالتعهد بالتسليم يتم بوزن القطن ووضعه فى الاكياس التى أحضرها المشترى « مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ فقرة ٤٣٧٨ مجموعة ثانية

الفرع الثالث — فى تسليم الحقوق المعنوية

١٢٣٢ — نص القانون فى مادة ٢٧٣ أهلى على أن تسليم مجرد الحقوق يكون بتسليم سنداتها أو بتصريح البائع المشترى بالانتفاع بها ان لم يوجد مايمنع من الانتفاع المذكور

والمراد بمجرد الحقوق وهو اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية الحقوق المعنوية *Droits incorporels*

طرقه

١٢٣٣ — ظاهر المادة انه لتسليم الحقوق المعنوية طريقان : تسليم المستندات أو التصريح بالانتفاع مع عدم المانع. والحقيقة أن طرق التسليم غير محصورة هنا كما لم تكن محصورة فى الحالتين السابقتين وللبائع أن يتخذ أى طريق موّدّ لجعل الشيء تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه وضع يده عليه بلا مانع عملاً بالقاعدة العامة المبينة فى الفقرة الأولى من مادة (٢٧١)

والطريقة الأولى وهى تسليم المستندات تعد تسليماً حقيقياً أما الثانية وهى التصريح بالانتفاع بلا مانع فتسليم حكماً لأن الاذن بالانتفاع من البائع ثم مباشرة الانتفاع من المشترى تفيد اجراء التسليم فعلاً وان المشترى حاز المبيع ثم شرع فى استعمال الحقوق المترتبة عليه وكأن التسليم حصل بمجرد ارادة المتعاقدين

١٢٣٤ — والحقوق المعنوية إما أن تكون عينية كحق ارتفاق وحق انتفاع أو شخصية كدين فان كان انتقالها ثابتاً بعقود فالتسليم يتم بتقديمها للمشترى أما اذا لم تكن ثابتة بعقود كبيع حق مرور أو مطل كسبه البائع بمضى المدة فالتسليم يكون بترك المشترى ينتفع بلا حائل ولا مانع فمتى مر المشترى وتركه البائع يفعل ذلك تم التسليم

فى لزوم التسليم فعلاً

١٢٣٥ — ويلاحظ أنه يكون من الضرورى أحياناً اجراء التسليم فعلاً حتى ان مجرد الاذن بالانتفاع لا يكفى للوفاء به وذلك كحالة بيع الديون فلا بدّ من تسليم السند المثبت لوجود الحق المبيع وقت تحويله وانه لا يزال باقياً للبائع لأن مجرد الاذن بالانتفاع أى بمطالبة المدين لا تفى ولكن استلامه للسند يجعله صاحب حق له استعماله متى توفرت الشروط القانونية فى الحوالة

الفرق بين الوفاء بالتسليم والحيازة الفعلية

١٢٣٦ – وليلاحظ ان قيام البائع بالوفاء بالتسليم وهو وضع المبيع تحت تصرف المشترى وعلمه بذلك ولو لم يستلمه فعلاً (مادة ٢٧١ فقرة ثانية) لا يجعل للمشترى الحق فى التمسك بالحقوق المترتبة على الحيازة أو وضع اليد الفعلى . فلو سلم البائع حجج الدار المبيعة للمشترى فلم يضع يده عليها ثم تبين انه اشترى من غير مالك فلا تبتدئ مدة الخمس سنين المكسبة للتملك بمضى المدة الاَّ من وقت الحيازة الفعلية . وعلى ذلك يعتبر البائع انه أوفى بتعهده المترتب على البيع وهو التسليم ولكن التسليم لا ينتج مفعوله بالنسبة لحقوق المشترى الذى لم يحز العين حيازة فعلية وذلك لأن الوفاء بالتسليم لا يصح أن يضر بحقوق الغير

وهكذا الحال فى المنقولات فان ملكيتها لا تثبت فى حق كل انسان الاَّ بالحيازة الفعلية فوفاء البائع بالتسليم وعدم حيازة المشترى فعلاً للشيء كاعطاء البائع اذناً للمشترى بالاستلام فلم يستلم لا يجعلها ثابتة فى حق كل انسان – بودرى المطول فقرة ٢٩٩

التصريح بالتسليم دلالة

١٢٣٧ – فى الأحوال التى يجوز فيها تصريح البائع بالتسليم يصح أن يكون التصريح صراحة أو دلالة فاذا قبض المشترى المبيع ورآه البائع وهو يقبضه ولم يمنعه من قبضه يعتبر ذلك اذناً من البائع له بالقبض وهذا اذا كان دفع الثمن — قارن ٣٤٧ مرشد الحيران

الفرع الرابع — فى وضع اليد بدون اذن البائع

عدم اعتباره وما يترتب عليه

١٢٣٨ – نصت المادة ٢٧٤ أهلى (٣٤٥ مختلط) على أن وضع يد المشترى على المبيع بدون اذن البائع لا يكون معتبراً ان لم يكن دفع الثمن المستحق وخوَّلت للبائع الحق فى استرداد المبيع

وهذا النص مستمد من الشريعة الاسلامية كما يستفاد من تقابل المواد — قارن ذلك مع مادة ٣٤٨ مرشد الحيران

والغرض منه المحافظة على حق البائع فى حبس المبيع تحت يده حتى يستوفى الثمن وفى استرداده اذا حصل استلامه بغير اذن – أنظر أيضاً مادة ٢٧٩ أهلى (٣٥٠ مختلط)

فمن المعلوم إن للمشترى حق استلام المبيع ولكن اذا استلمه بغير اذن بائعه فلا يكون هذا الاستلام معتبراً لأنه معطل لحق البائع فى الحبس وليس للمشترى أن يستلم المبيع بطريق غير الطرق التى سنها القانون للتسليم

ويترتب على ذلك أنه اذا وضع المشترى يده على المبيع بغير اذن البائع لم يكن ذلك تسليماً صحيحاً فى حق البائع المذكور ويكون له استرداده لحبسه تحت يده حتى يستوفى المستحق من الثمن ولكنه يعتبر صحيحاً منتجاً لجميع النتائج المترتبة على التسليم فى جانب المشترى فيسقط حقه فى طلب التسليم لأنه وضع يده على المبيع فعلاً واذا هلك فهلاكه عليه — راجع فتحى باشا ص ٢٣٦ وجراعولان فقرة ٦٢

أما سبب هلاكه عليه فان الهلاك بعد الاستلام على المشترى ولهذا يجب على المشترى اداء الثمن لأن البيع تقرر بقبض المبيع فوجب تقرير الثمن أيضاً — بدائع الصنائع ص ٢٣٩

١٢٣٩ — ويشترط لتطبيق هذه المادة شروط وهى : شروط ذلك

١ — أن لا يكون حصل الاذن بالاستلام صراحة أو دلالة فاذا كان البائع رأى المشترى وهو يقبض المبيع ولم يمنعه من القبض كان ذلك اذناً به — ابن عابدين ص ٤٤

٢ — وأن يكون الثمن مستحق الدفع كله أو بعضه فوراً لأنه اذا كان مؤجلاً فليس للبائع حق حبس المبيع

٣ — وأن لا يكون الثمن قد دفع . فاذا كان الثمن دفع فلا يجبر المشترى على رد المبيع لأنه له طلب الاستلام فى الحال — مادة ٢٧٤ أهلى

كذلك كل ما أسقط حق الحبس من جهة البائع فهو مانع له من التمسك بهذه المادة فاذا سلم المبيع باختياره للمشترى قبل الحصول على الثمن فليس له أن يسترد المبيع وانما يكون له حق طلب الفسخ — مادة ٢٨٠ مدنى أهلى

واذا أحال البائع على المشترى بالثمن ورضى المشترى بالحوالة فلا يكون للبائع حق فى استرداد المبيع اذا استلمه المشترى بغير اذنه

الفرع الخامس — فى مصاريف التسليم

قوانين مصرية

مادة ٢٨٣ أهلى – على البائع مصاريف تسليم المبيع كأجرة نقله لمحل التسليم وأجرة كيله ومقاسه ووزنه وغير ذلك

مادة ٣٥٥ مختلط – مطابقة لها

مادة ٢٨٤ أهلى – ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون على المشترى وكذلك رسوم عقد البيع وهذا ان لم يقض العرف التجارى بخلاف ذلك فى جميع الأحوال

مادة ٣٥٦ مختلط – مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٣٧٢ مرشد الحيران— المصاريف المتعلقة بالثمن كعده ووزنه تلزم المشترى وحده وكذلك مصاريف الحمل

مادة ٣٧٣ منه — على البائع مصاريف التسليم كاجرة الكيل والوزن والقياس ونحوه

مادة ٣٧٤ منه — أجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبايعات تلزم المشترى

قانون فرنساوى

مادة ١٦٠٨ منه — مصاريف التسليم على البائع ومصاريف المشال على المشترى ما لم يوجد شرط مخالف

حكمة جعلها على البائع

١٢٤٠ — لما كان التسليم من تعهدات البائع وجب عليه القيام بالمصاريف التى يستلزمها التسليم على الطريقة التى عرفناها وهى وضع الشىء تحت تصرف المشترى بحيث يمكنه حيازته والانتفاع به بلا مانع . فاذا صار الشىء تحت تصرف المشترى كان له أن يتصرف فيه بحسب ما يشاء وعلى هذا يكون عليه مصاريف حمله ونقله للجهة التى يختارها كأجرة التصدير والنقل من محل التسليم . وكلامنا هنا مقصور على مصاريف التسليم والاستلام أما مصاريف عقد البيع ورسومه فسبق الكلام عليها فى موضعه

١٢٤١ — لم تحدد المادة مصاريف التسليم ولكنها ذكرت بعض أنواعها على سبيل البيان كأجرة نقل المبيع لمحل التسليم وأجرة الكيل والوزن أو المقاس

ويمكن تحديدها بالكيفية الآتية :

مشتملات مصاريف التسليم

تشمل مصاريف التسليم كل ما يلزم لوضع المبيع تحت تصرف المشترى على وجه يتمكن فيه من حيازته والانتفاع به . فمصاريف من يكلف بتسليم مفاتيح المنزل المبيع على البائع ومصاريف محو الرهن الواقع على العين المبيعة عليـه كذلك لأن فك الرهن لازم للتسليم والانتفاع بغير مانع

ومصاريف الكيل أو الوزن أو المقاس على البائع لأنها لازمة لإمكان التسليم وبدونها لا يتحقق (بودرى المطول فقرة ٣ وابن عابدين ص٤٣ ج ٤) . وهذا طبعاً فى الأشياء التى تباع بالكيل أو الوزن الى آخره

قال ابن عابدين ولا يحتاج الحال لذلك فى بيع المجازفة لأن الكيل أو الوزن ليس بلازم لتمام التسليم وجاء بِهِ أيضاً ان صب الحنطة فى وعاء المشترى على البائع — « انظر ابن عابدين ص ٤٣ ج ٤ »

مصاريف المشال

أما مصاريف المشال فهى المصاريف التى يستلزمها استلام المشترى للشيء المبيع فمصاريف حزم البضاعة وتفريغها ونقلها للمحل الذى يريده المشترى ومصاريف الجمرك كلها على المشترى المذكور

جواز الاتفاق على خلاف ذلك

١٢٤٢ — على أن القواعد العامة تجيز الاتفاق على خلاف ذلك فللمتعاقدين أن يشترطا صراحة ما يريدان من الشروط التى تجعل المصاريف كلها أو بعضها على عاتق أحدهما

العرف

كما أن العرف التجارى معتبر فى هذا المقام فاذا جرى العرف التجارى على أن البائع هو الذى يتحمل مصاريف المشال مثلاً لزمته أو جرى على أن مصاريف الكيل أو الوزن على المشترى تحملها الأخير وذلك لاعتبار أن المتعاقدين أرادا اتباع العرف فى تعاملهما فلم ينصا على خلاف المعروف — راجع مادة ٢٨٤ أهلى و ٣٥٦ مختلط

فاذا لم يكن عرف تجارى ثابت ولا اتفاق صريح سرى حكم القانون وهو ما بينا

الفرع السادس — فى مكان التسليم

قوانين مصرية

مادة ٢٧٥ أهلى – يجب تسليم المبيع فى محل وجوده وقت البيع ما لم يشترط ما يخالف ذلك

٣٤٦ مختلط – مطابقة لها

مادة ٢٧٦ منه – اذا تعين فى عقد البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل وجوده الحقيقى فيكون هذا التعيين ملزماً للبائع بنقل المبيع الى المحل المعين اذا طلب المشترى ذلك

وفى حالة ما اذا لم يمكن النقل أو ترتب عليه تأخير مضر بالمشترى يكون له الحق فى فسخ البيع مع أخذ التضمينات اذا كان البائع حصل منه تدليس

٣٤٧ مختلط – مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٣٥٠ مرشد الحيران — مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع حيث كان وقت العقد ولا يقتضى تسليمه فى مكان العقد

مادة ٣٥١ منه — اذا كان المشترى لا يعلم محل المبيع وقت العقد ثم علم به بعده فله الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء امضاه واستلم المبيع حيث كان موجوداً

مادة ٣٥٢ — اذا اشترط فى العقد على البائع تسليم المبيع فى محل معين لزمه تسليمه فى المحل المذكور

قانون فرنساوى

مادة ١٦٠٩ منه — يجب أن يحصل التسليم فى المكان الذى يوجد به المبيع وقت البيع ما لم يشترط ما يخالف ذلك

يسلم المبيع فى مكان وجوده

١٢٤٣ – ليس على البائع أن ينقل المبيع لمحل المشترى[1] ولهذا يتعين تسليمه فى المكان الذى يوجد بهِ وقت العقد وعلة ذلك أن الغرض من التسليم وضع المبيع تحت تصرف المشترى

---

(١) المبيع قانوناً مطالب به *quérable et non pas portable.* أى على المشترى أن يحضر لطلبه وليس على البائع أن ينقله لمحل المشترى

على أن حكم القانون هذا لا يتبع الا عند عدم الاشتراط على خلافه صراحة أو دلالة — بودرى المطول فقرة ٣٠٢ ص ٣٠٤ ومادة ٢٧٥ أهلى و ٥٣٠ مرشد

جواز الاتفاق على خلاف ذلك

فالمتعاقدين أن يتفقا على مكان للتسليم غير محل وجوده الحقيقى وحينئذ يجب أن يحصل التسليم في ذلك المكان ولو اقتضى الحال نقله بتصرف قليل أو كثير. فان تعذر النقل. أو ترتب عليه ضياع وقت أضر بالمشترى وكان ذلك بفعل البائع وسوء نيته جاز للمشترى طلب فسخ البيع والتعويض — مادة ٢٧٦ أهلى وفتحى باشا زغلول ص ٢٣٦ و ٣٥٢ مرشد الحيران

١٢٤٤ — ويلاحظ أن القاعدة التى قررتها مادة ٢٧٥ أهلى ليست فى الحقيقة سوى تطبيق للقاعدة العامة الواردة فى مادة ١٦٩ أهلى[1]

ولكن هذه المادة لا تتكلم الا على الأشياء المعينة بالتعيين فهى التى يكون لها مكان وقت البيع أما اذا كان الشيء معيناً بنوعه فقط فلا مكان له قبل تعيينه ففى أى مكان اذن يحصل تسليمه ؟

مكان تسليم الشيء المعين بنوعه

والجواب أن التسليم يحصل فى محل المتعهد (وهو البائع هنا) عملاً بنص المادة ١٧٠ أهلى و ١٢٤٧ فرنساوى ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك

ويتفرع على ذلك أنه اذا كلف المشترى البائع بإرسال المبيع ولم يتفقا على مكان معين للتسليم كانت مصاريف النقل على المشترى لأن التسليم يجب أن يحصل فى محل البائع ومصاريف حمله ومشاله من ذلك المكان تكون على المشترى بعكس ما اذا اشترط المتعاقدان على أن التسليم يكون بمحل المشترى فمصاريف النقل تكون على البائع لأنها تعدُّ جزءاً من مصاريف التسليم وواجب على البائع ايصاله للمكان الواجب حصول التسليم فيه — بودرى المطول فقرة ٣٠٣

احكام

١٢٤٥ — اذا لم يوجد اتفاق خاص فمكان التسليم هو المكان الذى صدرت منه البضاعة على حساب المشترى لا المكان المقيم به المشترى ولا المكان المرسلة اليه

---

(١) هذا نصها : محل الوفاء هو المكان الموجود فيه عين الشيء المقتضى تسليمه اذا لم يشترط المتعاقدان غير ذلك

البضاعة حتى ولو كان مشترطاً كيلها أو وزنها أو معاينتها عند وصولها . فالمعاينة عند الوصول لا تتضمن مخالفة القاعدة الأصلية — مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٣٩٢ مجموعة أولى

الفرع السابع — فى زمان التسليم وما يترتب على التأخير فيه

قوانين مصرية

مادة ٢٧٧ أهلى — يجب أن يكون التسليم فى الوقت المعين له فى العقد فاذا لم يشترط فيه شيء بهذا الخصوص وجب التسليم فى وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب العرف

٣٤٨ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٧٨ أهلى — فى حالة حصول التأخير عن التسليم بعد التكليف به من المشترى تكليفاً رسمياً يكون لذلك المشترى الحق فى فسخ البيع أو فى طلب وضع يده على المبيع مع التضمينات فى الحالتين اذا حصل ضرر وكان التأخير ناشئاً عن فعل البائع —

٣٤٩ مختلط — مطابقة لها

شريعة اسلامية

٣٥٣ مرشد الحيران — يجب تسليم المبيع للمشترى عند نقد الثمن للبائع ولو شرط البائع فى عقد البيع تأجيل المبيع المعين وتسليمه للمشترى فى وقت كذا يفسد البيع ولو شرط المشترى أخذ المبيع فى وقت كذا قبل نقد الثمن للبائع جاز فلو شرط أخذ المبيع قبل نقد الثمن بلا تعيين لوقت أخذه فسد

قانون فرنساوى

١٦١٠ فرنساوى — اذا لم يسلم البائع المبيع فى الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين جاز للمشترى بحسب اختياره ان يطلب فسخ البيع او وضع يده عليه متى كان التأخير لم ينشأ الا عن فعل البائع

١٦١١ — وفى جميع الاحوال يحكم على البائع بالتضمينات اذا لحق المشترى ضرر من تأخير التسليم فى الوقت المتفق عليه

فى وقت التسليم ١٢٤٦ — يجب أن يكون التسليم فى الوقت المتفق عليه بين المتعاقدين سواء عين فى عقد البيع أو فى مكتوب خاص فاذا لم يحصل الاتفاق على أجل وجب التسليم بمجرد اتمام العقد لأن كل متعهد يجب عليه ان يفى بما تعهد به للحال الاّ اذا أعطى

له أجل فللمشترى أن يطلب التسليم فوراً بعد اتمام البيع ما لم يكن تعين للتسليم أجل وللبائع أن يلزم المشترى بالاستلام

الاّ انه لما كان العرف التجارى قد يقضى بترك مهلة للبائع ليسلم فيها المبيع أو للمشترى لاستلامه وجب مراعاة هذا العرف اذ المعتبر أن المتعاقدين أرادا اتباعه ما لم ينصا صراحة على مخالفته — بودرى المطول فقرة ٣٠٤ ومادة ٢٧٧ أهلى

فيما يترتب على ذلك

١٧٤٧ — اذا تأخر البائع عن الوفاء بتعهده المختص بالتسليم بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبعد تكليفه بالتسليم تكليفاً رسمياً يكون المشترى مخيراً : ١ — بين طلب فسخ البيع لعدم وفاء البائع بتنفيذ تعهده : ٢ — وبين وضع يده على المبيع أى طلب تنفيذ العقد : ٣ — وله فى الحالتين ان يطلب التضمينات اذا حصل ضرر من التأخير الناشىء عن فعل البائع — مادة ٢٧٨ أهلى و ١٦١٠ فرنسى

يطلب الفسخ من المحكمة

١٧٤٨ — ويجب ان يطلب الفسخ من المحكمة ما لم يوجد شرط خاص . إذ الفسخ للتأخير فى تنفيذ العقد لا يحصل من تلقاء نفسه . ولهذا كان للبائع ان يسلم المبيع طالما ان الحكم بالفسخ لم يصدر وبذلك يمتنع صدوره . وللقاضى أن يمنح للبائع أجلاً للتنفيذ فى حالتى طلب الفسخ أو طلب وضع اليد تنفيذاً للعقد

فالتأخير فى التسليم لا يستوجب الفسخ حتماً الاّ اذا شرط ذلك صراحة . فان لم يوجد شرط خاص فللمحكمة تقدير الظروف — مواد ١١٧ اهلى و ١٧٣ و ١٧٤ مختلط و ١١٤٤ فرنساوى(١)

فى حكم وضع اليد

١٧٤٩ — واذا حكم للمشترى بوضع يده على المبيع كان له استلامه قهراً ان كان تحت يد المشترى . فان لم يكن تحت يده لأنه لم يحصل عليه أو لانعدامه انقلب

---

(١) اذا لم يكن مشروطاً فى العقد انه ينفسخ بمجرد تأخير أحد المتعاقدين فى تنفيذ ما اشترطه على نفسه بغير حاجة الى الحكم بذلك فللمحكمة حق النظر فيما اذا كانت ظروف الدعوى تقتضى الحكم بالفسخ أو عدمه مع اعطاء المدعى عليه ميعاداً للقيام بتنفيذ ما تعهد به — الاستئناف ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ مجموعة رسمية نمرة ١ ص ٢٨٣

حكم وضع اليد الى تضمينات جرياً على القاعدة العامة – مواد ١١٤٢ف و١١٩ و ١٧٨ اهلى

١٢٥٠ – وطلب وضع اليد سبق ان قرره الشارع فى مادة ١١٨ أهلى (١٧٥م) بالنسبة للأعيان المعينة بالذات . فاذا لم تكن معينة جاز عملاً بنص المادة ١١٧ الحصول على الاذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين اذا أمكن ذلك بحسب الأحوال

وقد حكم بأنه لا يجوز للمشترى فى حالة عدم تسليمه الشيء المبيع عند حلول الميعاد أن يشترى عوضاً عنه على ذمة بائعه بدون اذن أو أمر من القاضى – « استئناف مختلط ٧ يناير سنة ١٨٨٦ (بورللى مادة ١٧٤ م وجلاد مادة ١١٧ فقرة ٤)

فى طلب التضمينات

١٢٥١ – للمشترى فى حالتى طلب الفسخ أو طلب وضع اليد أن يطلب التضمينات المترتبة على التأخير فى التسليم وانما يشترط : ١ – أن يكون ناله ضرر من التأخير : ٢ – وأن يكون التأخير ناشئاً عن فعل البائع : ٣ – وأن يكون سبق انذار البائع

١٢٥٢ – وقد حكم بأن تأخر البائع عن تسليم الشيء المبيع يعطى المشترى الحق فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى ألم به والربح الذى حرم منه . ولكن هذا التعويض لا يبدأ حسبانه الا من تاريخ التكليف الرسمى طبقاً لنص المادة ٢٧٨ من القانون المدنى الأهلى – محكمة استئناف مصر الأهلية ١٨ يناير سنة ١٩٠٩ الاستقلال عدد ٣٩ س ٦

١٢٥٣ – لا يكون التأخر فى التسليم سبباً فى فسخ البيع الا بعد تكليف المشترى للبائع بالتسليم تكليفاً رسمياً (مادة ٢٧٨ مدنى) وبعد عرض الثمن – « محكمة استئناف مصر الأهلية ١٥ نوفبر سنة ١٩٠٨ الاستقلال عدد ٣٢ س ٦ »

فى التأخير لحادثة قهرية

١٢٥٤ – فاذا كان التأخير عن التسليم فى الميعاد المحدد ناشئاً عن حادثة قهرية فلا يحق للمشترى طلب التعويضات بل حتى ولا طلب الفسخ وذلك لأن القانون اشترط فى مادة ٢٧٨ ان يكون التأخير ناشئاً عن فعل البائع وانما على البائع أن يثبت الحادثة الجبرية التى يدعيها لأنه يريد اثبات براءته – انظر مادة ٢١٤ أهلى وبودرى المطول فقرة ٣٠٩ ومصر ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٧ وجلاد مادة ١١٧ نمرة ٢

وتقدير الحادثة الجبرية أمر متعلق بالوقائع فيقدره القاضى بحسب ظروف كل حادثة ولكن لا يعتبر من الحوادث الجبرية الا المسائل التى تمنع التسليم منعاً مطلقاً لا الحوادث التى تجعل حصول التسليم صعباً أو ذا كلفة. فارتفاع الأسعار لا يسوغ التأخير فى التسليم وكذلك زيادة الرسوم على البضائع وهكذا — بودرى المطول فقرة ٣٠٩

١٢٥٥ — والاعتصاب لا يعدّ حادثة جبرية الا اذا كان عاماً فى جميع المصانع التى تصنع الشىء المبيع. فاذا كان الاعتصاب قاصراً على بعض الأمكنة بحيث يمكن للبائع أن يستصنعه أو يستحضره ولو بنفقة كبيرة فلا يعد من الحوادث الجبرية. وعلى العموم حكم هذه المادة عبارة عن تطبيق لقواعد التعهدات العامة (انظر مادتى ١١٧ و١١٨ مدنى اهلى) ولهذا يجب الرجوع لإحكامها عند الاقتضاء

التأخير فى تسليم المبيع بيع سلم

١٢٥٦ — قلنا ان للمشترى الحق عند التأخير أن يطلب إما فسخ البيع أو وضع يده على المبيع ان أمكنه كما له الحق أن يطالب بالتعويضات ان لحقه ضرر فى الحالتين

فى بيوع السلم التى ترد على أشياء تتقلب أسعارها عادة بين هبوط وصعود يكون هذا التقلب والتغيير سبباً فى التعويض اذا تأخر البائع عن التسليم وذلك لأنه ربما يرتفع السعر فيضطر المشترى عند التأخير فى التسليم أن يشترى من جهة اخرى بسعر مرتفع أو يبيع بنقص فعدم التسليم منعه عن البيع قبل هبوط السعر أو منعه عن القيام بالوفاء بتعهداته ففى جميع هذه الأحوال يجب على البائع أن يعوض على المشترى جميع ما يلحقه من الخسارة — مادة ٢٧٨ أهلى

طلب التصريح من المحكمة بالشراء للتأخير فى التسليم

١٢٥٧ — فاذا تأخر البائع عن تسليم البضاعة فى الميعاد المتفق عليه جاز للمشترى أن يطلب التصريح من المحكمة بشراء البضاعة المذكورة عملاً بنص المادة ١١٧ فقرة ثانية القاضية بأنه يجوز للدائن أن يتحصل على الإذن من المحكمة بعمل ما تعهد به المدين والزامه بالمصاريف مع مراعاة الإمكان بحسب الأحوال واذا كان الثمن قد

ارتفع عما اشترى به أولاً أُلزم البائع بالفرق بصفة تعويض

جواز الشراء بغير اذن المحكمة

١٢٥٨ – ومع ذلك فللمشترى أيضاً بعد انذار البائع بالتسليم وتأخره أن يشترى الشيء الواجب تسليمه من جهة أخرى بغير إذن سابق من المحكمة ويطلب حينئذٍ فسخ البيع المذكور مع التعويضات ان لحقه ضرر لعدم وفاء البائع بتعهده (التسليم). وللمحكمة فى هذه الحالة أن تحكم له بفرق الثمن بصفة تعويض

والفرق بين الحالتين المشار اليهما فى الفقرتين السابقتين انه في حالة الشراء بتصريح المحكمة يأخذ المشترى فرق الثمن بأكمله بصفة تعويض ولكن فى حالة شرائه بغير اذن المحكمة فيكون لها الحرية فى التقدير فتمنح الفرق كله أو بعضه بصفة تعويض حسبما ترى – بودرى المطول فقرة ٣١٠

احكام

١٢٥٩ – اذا أراد المشترى فسخ البيع لزم تكليف البائع تكليفاً رسمياً بتسليم المبيع المتأخر فى تسليمه فان لم يفعل ذلك فللبائع الحق فى تنفيذ العقد – مذكرة لجنة المراقبة الخصوصية فى ٢٠ مايو سنة ١٨٩٩ نمرة ٢٧

١٢٦٠ – لا حق لمشترى بضاعة فى طلب تعويض للتأخير في التسليم أو الامتناع عنهُ الاَّ بعد انذار البائع بانذار صحيح بالتسليم – مختلط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ مجموعة أولى فقرة ٤٧٠٣

١٢٦١ – والانذار يجوز حصوله الى نائب التاجر الذى قبل الطلب وابلغه للتاجر « مختلط ١٨ ابريل سنة ١٨٩٥ ومجموعة أولى فقرة ٤٧٠٥ »

١٢٦٢ – والخصم الذى يعلن بفسخ البيع لعدم الوفاء وبطلب تعويض ولم يعرض تنفيذ البيع مناقشاً فى أسباب عدم الوفاء ونتائجه يعتبر أنه قبل الفسخ ولذلك فلا محل لأن يتمسك بعدم سبق انذاره توصلاً لرفض دعوى المدعى فان الانذار فى هذه الحالة لا قيمة له – مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٥ فقرة ٤٧٠٦ مجموعة أولى

١٢٦٣ – اذا لم تصل بضاعة مرسلة من باطوم فى الميعاد المحدد ومشحونة فى مركب شراعي الاَّ بعد ستة أسابيع أو شهرين تقريباً فلا يجوز فسخ البيع للتأخير فى

التسليم اذا لم يكن تحدد له يوم معين (كما حدد للإرسال) وظهر أن البطء فى السير لم يكن ناشئاً من فعل البائع — مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ فقرة ٤٣٩٣ مجموعة ثانية

١٢٦٤ — ان الرضاء بتسليم بضاعة فى ميعاد محدد مع تقييده باشتراط ان ذلك « عند الامكان » أو « اذا أمكن » يتضمن بحسب الاصطلاح التجارى مهلة اضافية مقبولة ولكن لايجيز مطلقاً تأخيراً يتجاوز ثلاثة أضعاف الميعاد المحدد — مختلط ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٢ فقرة ٤٣٩٤ مجموعة ثانية

١٢٦٥ — اذا لم يحدد ميعاد للتسليم فى البيع التجارى وجب اجراء التسليم فى المدة المقررة بحسب العرف — مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ فقرة ٤٣٩٥ مجموعة ثانية وانظر مادة ٢٧٧ أهلى و ٣٤٨ مختلط

١٢٦٦ — اذا اشترط ان البضاعة اذا لم تصل فى ميعاد محدد يعتبر الطلب لاغياً يكون للمشترى الحق فى رفض البضاعة بعد انقضاء الميعاد المحدد بغير أن يكون ملزماً بانذار البائع مقدماً — مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٧ فقرة ٤٣٩٧ مجموعة ثانية

وقد يحصل الانذار بخطاب بسيط — مختلط أول مايو سنة ١٨٧٩ س ٤ ص ٣١٩ و ١٦ نوفبر سنة ١٨٨٧ س ١٣ ص ٦

١٢٦٧ — وقد يكفى عند تأخير البائع عن التسليم فى أول دفعة انذار المشترى فى أول مرة مع تنبيهه بأن مفعول هذا الانذار سار اذا تأخر فى الدفعات المقبلة — « مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ فقرة ٤٤٠٤ مجموعة ثانية »

١٢٦٨ — التأخير فى التسليم لا يستوجب التعويض إلاّ اذا كان نشأ عنه ضرر للمشترى وكان منسوباً للبائع وهذا التعويض يجب أن يشمل الفرق بين الثمن المتفق عليه وبين الثمن الذى حصل الشراء به وقت التسليم فاذا كان الثمن الذى حصل الشراء به عند التسليم أقل من الثمن المحدد فى العقد فلا محل للتعويض — مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ فقرة ٤٤١٥ مجموعة ثانية

١٢٦٩ — ليس على المشترى أن يقدم دليلاً على حصول ضرر له سوى وجود فرق بين الثمن المتفق عليه والثمن الذى يوجد عند التسليم مرتفعاً — مختلط ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٢ فقرة ٤٤١٦ مجموعة ثانية

١٢٧٠ – اذا اتفق البائع والمشترى على أن يدفع الأول للثانى عوضاً معيناً للضرر الذى ينشأ من تأخير تسليم الشىء المبيع فلا محل للحكم بغير ذلك – محكمة استئناف مصر الأهلية الصادر بتاريخ ٧ ديسمبر سنة ٩٠٩ الاستقلال عدد ٣٥ سنة سابعة ص ٢٨٠

١٢٧١ – ان قصد القانون من وجوب التكليف بالوفاء قبل طلب فسخ العقد هو منع المتعاقدين من مفاجأة بعضهما بطلب فسخ العقد فاذا طلب المشترى من بائع تنفيذ شروط عقد البيع فى الميعاد المعين بمقتضى خطاب أرسله اليه واعترف البائع باستلامه كان ذلك كافياً لتكليفه بوفاء تعهداته ولم يعد له الحق بالادعاء بعدم استيفاء الغرض القانونى لعدم حصول تكليفه على يد محضر – مصر حكم استئنافى ١٣ نوفبر سنة ١٨٩٤ القضاء ٢ ص ٥٧ وجلاد مادة ٢٧٨

١٢٧٢ – اذا بيع قطن وأنذر المشترى باستلامه فلا يسوغ له بحجة حصول تلف للقطن من المطر أن يطلب فسخ العقد ان لم ينقص الثمن وذلك لأن هذا الحق لا يخوّل له بمقتضى المبادئ العامة إلاّ فى حالة عدم تكليفه رسمياً بالاستلام وفى حالة حصول تلف كان يمنع انعقاد البيع اذا حصل التلف قبل العقد – مختلط ١٩ مارس سنة ٩٠٥ س ١٧ ص ٨٤ فقرة ٤٣٦٨ مجموعة ثانية

١٢٧٣ – والمشترى الذى له الخيار بين الفسخ وتنفيذ العقد قهراً يجب عليه أن يستعمل حقه عند حلول الأجل أو على الأقل بلا تأخر لا مسوغ له . وليس له أن يسيئ حالة مدينه بتأخيره عدة شهور أملاً فى الاستفادة من علو الأسعار بغير طلب تنفيذ العقد . فاذا فعل ذلك اعتبر أنهُ اختار الفسخ – مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ فقرة ٤٤٠٤ مجموعة ثانية

الفرع الثامن — فى حبس المبيع

قوانين مصرية

مادة ٢٧٩ أهلي — للبائع الحق فى حبس المبيع فى يده لحين استيلائه على المستحق فوراً من الثمن كلاً أو بعضاً على حسب الاتفاق ولو عرض المشترى عليه رهناً أو كفالة هذا إن لم يكن البائع المذكور قد أعطى المشترى بعد البيع أجلاً لدفع الثمن لم يحل

مادة ٣٥٠ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٨٠ أهلي — ليس للبائع الذى لم يتحصل على الثمن المستحق دفعه اليه أن يسترد المبيع الذى سلمه باختياره للمشترى وانما له الحق فى الحصول على فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به

مادة ٣٥١ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٨١ أهلي — اذا قلت التأمينات المعطاة من المشترى لدفع الثمن أو صار فى حالة إعسار يترتب عليه ضياع الثمن على البائع جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع

شريعة اسلامية

مادة ٣٦٠ مرشد الحيران — للبائع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن ان كان الثمن كله حالا

ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفقة واحدة وسمى لكل منهما ثمناً فله حبسه الى استيفاء كل الثمن

مادة ٣٦١ منه — لا يسقط حق البائع فى حبس المبيع باعطاء المشترى له رهناً أو كفيلا ولا بإبرائه من بعض الثمن بل له حبسه الى استيفائه بتمامه

مادة ٣٦٢ منه — اذا أحال البائع أحداً على المشترى بكل الثمن ان لم يكن قبض منه شيئاً أو بما بقى له منه ان كان لم يقبضه كله وقبل المشترى الحوالة سقط حق البائع فى حبس المبيع

مادة ٣٦٣ منه — اذا احال المشترى البائع بالثمن كله ان كان كله فى ذمته أو بما بقى فى ذمته ان كان أدى بعضه وقبل البائع الحوالة سقط حقه فى حبس المبيع

مادة ٣٦٤ منه — اذا كان الثمن مؤجلا فى عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق له فى حبس المبيع بل يلزم بتسليمه الى المشترى ولا يطالبه بالثمن قبل حلول الاجل

مادة ٣٦٥ منه — اذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد أسقط حق حبسه فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع

مادة ٣٧٠ منه — اذا مات المشترى مفلساً قبل قبض المبيع ودفع الثمن فالبائع أحق بحبسه الى أن يستوفى الثمن من تركة المشترى أو يبيعه القاضى ويؤدي للبائع حقه من ثمنه

الثمن فيه إلاَّ اذا عطاه المشترى كفيلاً

مادة ٣٥٣ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٨٢ — فى حالة إفـلاس المشترى يكون حق البائع فى حبس المبيع تحت يده أو فى طلب استرداده جارياً بالتطبيق على القواعد المقررة فى قانون التجـارة

مادة ٣٥٤ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٥٢ مختلط — وليس للبائع أن يمتنع من التسليم إذا حول على المشترى بجميع الثمن أو بجزء منه — لا مقابل لها فى الأهلى

فان زاد الثمن عن حق البائع يدفع الزائد لباق الغرماء وان نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون اسوة الغرماء فيما بقى له

قانون فرنساوى

مادة ١٦١٢ منه — لا يلزم البائع بتسليم المبيع اذا تأخر المشتري عن دفع الثمن ما لم يكن البائع المذكور أعطى اجلاً للمشتري لدفع الثمن لم يحلّ بعد

مادة ١٦١٣ منه — لا يلزم البائع بالتسليم ولو كان الثمن مؤجلاً اذ أفلس البائع بعد البيع أو صار فى حالة اعسار بحيث لا يأمن البائع من ضياع الثمن عليه الا اذا أعطاه المشتري كفيلاً

مادة ١٦٥٤ منه — اذا لم يدفع المشتري الثمن جاز للبائع طلب فسخ البيع

فى حبس المبيع

حكمة ذلك ١٢٧٤ — بينا أن البائع ملزم بتسليم المبيع ولكن لإلزامه بالوفاء بتعهده يجب على المشترى أن يكون أوفى هو أيضاً بتعهده وهو دفع الثمن اذا كان حالاً غير مؤجل فالعدل يأبى أن يسمح لأحد المتعاقدين فيجبر الآخر على تنفيذ تعهده لأنهُ فى مصلحته بينا هو لا يقوم بتنفيذ ما وجب عليه . لهذا أجاز القانون للبائع الحق فى حبس المبيع لحين استيفائه الثمن المستحق فوراً كله أو بعضه لأن حق الحبس لا يتجزأ —

« بودرى فقرة ٣٠٥ والزيلعى ص ١٤ هامش وابن عابدين ص ٤٤ ج ٤

ويقول الشرعيون ان الواجب دفع الثمن أولاً لأن العقد يقتضى المساواة وحق المشترى قد تعين فى المبيع فيسلم هو الثمن ليتعين حق البائع فيه ايضاً . ولهذا يجب على المشترى دفع الثمن بأكمله حتى يصح له طلب التسليم والاستلام

محله ١٢٧٥ — وحق الحبس لا يجوز الاَّ فى حالة ما اذا كان الثمن حالاً فان كان

مؤجلاً وجب على البائع التسليم لأن قبول التأجيل دليل ضمنى على أنه اسقط حقه فى الحبس وثوقاً بذمة المشترى . لهذا كان تأجيل دفع الثمن بناء على مهلة قضائيـة منحها القاضى للمشترى غير مانع للبائع من حق الحبس لأنه لا يفيد تنازله عن حقه بل وقد يكون الأجل ممنوحاً رغم ارادته ونص القانون صريح فى أن الأجل المسقط للحبس هو الأجل الممنوح من البائع نفسه — راجع العبارة الأخيرة من مادة ٢٧٩

عرض المشترى رهنا أو كفالة لا يسقط حق الحبس

١٢٧٦ — كذلك لا يسقط حق حبس المبيع ولو عرض المشترى على البائع رهناً أو كفالة بالثمن لأن الرهن أو الكفالة وثيقة بالثمن فلا يسقط حق البائع فى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن — زيلعى ص ١٤ هامش ومادة ٢٧٩ أهلى

وحكم هذه القاعدة مأخوذ عن الشريعة الاسلامية وقد ذكر الفقهاء أحوالاً أخرى مسقطة للحق

والحوالة من البائع مسقطة له

١٢٧٧ — فقالوا بأنه لو أحال البائع رجلاً على المشترى بالثمن وقبل المشترى الحوالة فحق الحبس يسقط . أما اذا أحال المشترى البائع على رجل فقبل يسقط عند أبى يوسف — زيلعى ص ١٤ هامش ومادة ٣٦٢ مرشد الحيران

ولهذا نصت مادة ٣٥٢ مختلط على حالة الحوالة من البائع على المشترى فقضت بسقوط حق الحبس وكلفت البائع بأن يسلم المبيع متى أحال آخر على المشترى بالثمن وأهملت حالة صدور الحوالة من المشترى للخلاف فيها كما تقدم وهو العدل لأن البائع لايزال مطالباً بالثمن وقد أغفل القانون الأهلى هذا الحكم والظاهر أن لامانع قانوناً من الأخذ به لأنه بالحوالة يصبح المحال اليه هو المطالب بالثمن والمبيع ليس فى يده حتى يحبسه

على أن بعضهم يرى أن حق الحبس من ملحقات الحوالة اذ الشىء المحول يجب أن يسلم بملحقاته الضرورية وبما أن المحيل يجب ان يضمن للمحال اليه الدين وحق الحبس الغرض منه جبر المشترى على دفع الثمن فيجب أن يجبر على أدائه ويستوى فى ذلك أن يكون الدفع ليد البائع أو ليد شخص آخر كالمحول اليه

١٢٧٨ — اذا سلم البائع المبيع باختياره للمشترى قبل أن يتحصل على الثمن المستحق

دفعه اليه سقط حقه فى الحبس ضمناً فاذا تأخر المشترى عن الدفع فليس له استرداد المبيع لحبسه خلافاً للحالة التى يحصل فيها الاستلام بغير اذن — راجع فيما تقدم فقرة ١٢٣٨

ولكن يكون للبائع مع ذلك حق طلب الفسخ بسبب عدم الوفاء بدفع الثمن لأنهُ من المقرر أن لأحد المتعاقدين أن يطلب فسخ التعاقد اذا تأخر المتعاقد معه عن تنفيذ تعهده كما لا يزال له حق الامتياز على المبيع — قارن مادة ٣٦٥ مرشد الحيران وابن عابدين ص ٤٤ وبودرى آخر فقرة ٣٠٧

١٢٧٩ — واذا طلب البائع فى هذه الحالة الفسخ لعدم قيام المشترى بدفع الثمن جاز للمشترى أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن ولو بعد صدور الحكم عليه وانما قبل صيرورته نهائياً أو تأييده استئنافياً وهذا الحق يرجع للمشترى بمجرد قبول المحكمة طلب التماس قدم لها عن الحكم الصادر بالفسخ لأن قبول الالتماس يعيد للخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المقبول — الاستئناف الاهلى ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة ٧ ص ١٠٣ وجلاد مادة ٢٨١

جواز الحبس عند تأجيل الثمن

١٢٨٠ — قدمنا بأنه ليس للبائع حق الحبس اذا كان أعطى المشترى أجلاً لدفع الثمن عملاً بنص المادة ٢٧٩ ولكن يستثنى من ذلك أحوال نص القانون على ثلاث منها وهى

١ — حالة نقص التأمينات التى كان عرضها المشترى لدفع الثمن

٢ — وحالة اعساره اعساراً يترتب عليه ضياع الثمن

٣ — وحالة الافلاس

ففى الحالتين الأوليين يجوز للبائع حبس المبيع ولو لم يحلّ الأجل المتفق عليه لدفع الثمن — انظر مادة ٢٨١ أهلى

وفى الحالة الثالثة يحق له الحبس أو طلب الاسترداد بحسب أحكام قانون التجارة « انظر مادة ٢٨٢ أهلى »

وسبب ذلك أن حق المشترى فى طلب الاستلام قبل دفع الثمن هو من مزايا الأجل الذى منحه البائع له لدفع الثمن وعلى ذلك تزول هذه المزية كما يزول غيرها من سائر مزايا الاجل بافلاس المشترى أو اعساره أو اضعاف التأمينات إلاّ أنهُ لو زال

هذا الخطر بتقديم كفيل أو رهن للبائع زال السبب الموجب لحق الحبس ووجب على البائع التسليم — انظر مادة ٢٨١ أهلي

ويلاحظ أن ضعف التأمينات قاصر على التأمين المقدم لضمان الثمن فلو ضعفت تأمينات أخرى فلا تأثير لها على الأجل والقانون صريح فى ذلك — راجع العبارة الأولى من مادة ٢٨١

كذلك يقتضي أن يحصل الاعسار عقب البيع. فاذا كان المشترى معسراً أو مفلساً قبل حصوله ومع ذلك أعطاه البائع أجلاً للدفع فاعساره أو افلاسه السابق على البيع لا يؤثر على الأجل الممنوح ولا يحرم المشترى من طلب التسليم دون دفع الثمن لأن البائع يعتبر فى هذه الحالة أنه ركن الى ذمة المشترى اللهمَّ إلاَّ اذا تبين أن المشترى غشه وأخفى عليه — تدليساً منه — حالة افلاسه ثم تبين أنه صدر حكم باشهار افلاسه ولم يعلم به البائع فإن ذلك يكون غشاً مجيزاً للبائع الامتناع عن التسليم — راجع بودرى المطول فقرة ٣٠٧

١٢٨١ — ولكن مجرد الخوف من عدم الدفع أو من اعسار المشترى لا يكفى فى حبس المبيع والامتناع من تسليمه

جوازه فى احوال مشابهة

١٢٨٢ — وقد ذكر الشراح أحوالاً أخرى على سبيل القياس والتشبيه منها حالة عدم تقديم التأمينات التى وعد المشترى بتقديمها أو كان البائع يعتمد عليها . فاذا كان المشترى حصل على أجل لدفع الثمن مقابل تقديمه للبائع رهناً عقاريًّا تأميناً لسداد الثمن ثم تبين أنه لا يملك العين المرهونة . أو ادعى أنه تاجر وهو ليس كذلك . أو أبطل التجارة بعد البيع. جاز للبائع فى جميع هذه الأحوال أن يمتنع عن تسليم المبيع لأن التأمينات التى كان يعتمد عليها ومن أجلها منح المشترى أجلاً لاداء الثمن غير موجودة لدى المشترى المذكور — بودرى المطول فقرة ٣٠٧

١٢٨٣ — ليس للمحكمة بسبب عدم قيام المشترى بدفع ثمن الشيء المبيع أن ترفض طلبه تثبيت ملكيته له متى كان البائع لا يطالب بفسخ العقد لأنه ليس للبائع والحالة هذه إلاَّ حق حبس الشيء المبيع — طنطا حكم استئناف ١٧ نوفبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ ص ١٦٩

احوال منصوص عليها فى القانون التجارى

١٢٨٤ – قررت المادة ٢٨٢ اهلى الرجوع الى أحكام القانون التجارى فى حبس العين المبيعة أو استردادها ان كانت سلمت للمشترى فأفلس قبل دفع الثمن والأحكام المقررة فى القانون التجارى هى :[١]

اذا لم يكن البائع سلم البضاعة الى المفلس ولم يكن أرسلها اليه ولا لشخص آخر على ذمة المفلس جاز له الامتناع عن تسليمها – مادة ٣٨٧ تجارى

فإن كان المبيع خرج من يد البائع فلا يجوز استرداده إلاَّ بالشروط الآتية :

أولاً – أن لا تكون البضاعة قد سلمت الى مخازن المفلس أو مخازن الوكيل بالعمولة المأمور من قِبَله ببيعها على ذمته

ثانياً – أن لا يكون المفلس دفع ثمنها كله أو جزءًا منه ولا حررت به منه ورقة تجارية أو دخل الثمن من الحساب الجارى بين المفلس والبائع – مادة ٣٨٣ تجارى

ثالثاً – أن لا يكون المفلس باع البضاعة قبل وصولها الى مخزنه أو مخزن الوكيل بالعمولة بناءً على قائمتها الدالة على ملكيته لها وتذكرة ارسالها أو تذكرة النقل متى كانت القائمة والتذكرة موقعتين من المرسل وكان هذا البيع بدون تدليس من المفلس – « مادة ٣٨٤ تجارى »

فان كان المبيع أرسل الى شخص عيّنه المفلس وقت الشراء لوحظ حكم المادة السابقة فى إجازة الاسترداد – مادة ٣٨٥ تجارى

اذا اجتمعت تلك الشروط كلها جاز للبائع أن يسترد ما باع الى من أفلس بعد البيع بشرط أن يرد النقود التى يكون أخذها على الحساب ويكون الرد الى روكية التفليسة – مادة ٣٨٦ تجارى

ويجوز لوكلاء الدائنين مع إذن مأمور التفليسة أن يطلبوا تسليمهم المبيع بشرط أن يدفعوا للبائع ثمنه الذى كان متفقاً عليه بينه وبين المفلس – مادة ٣٨٨ تجارى

وكذلك يجوز لهم اجابة طلب الاسترداد بشرط تصديق مأمور التفليسة على ذلك فان تنازعوا فصلت المحكمة الابتدائية بينهم – مادة ٣٨٩ تجارى

---

(١) انظر فتحى باشا زغلول ص ٢٣٩

الفرع التاسع — فيما يجب تسليمه بمقتضى البيع

قوانين مصرية

لا مقابل لهذه المواد فى القانون المصرى

شريعة اسلامية

مادة ٢٠٤ مجلة — المبيع يتعين بتعيينه فى العقد مثلا لوقال البائع بعتك هذه السلعة وأشار الى سلعة موجودة فى المجلس وقبلها المشترى لزم البائع تسليم تلك السلعة بعينها وليس له أن يعطى سلعة غيرها من جنسها — انظر أيضاً مادة ٢٧٤ مرشد الحيران

مادة ٣٨٦ مرشد الحيران — الزوائد التى تحصل فى المبيع بعد العقد وقبل القبض كالثمار والنتاج تكون حقاً للمشترى

قانون فرنساوى

مادة ١٦١٤ منه — يجب أن يسلم المبيع بالحالة التى يكون موجوداً عليها وقت البيع ومن ذلك الوقت تكون ثمرة المبيع للمشترى

المبحث الأوّل — فى الحالة التى يجب أن يسلم بها المبيع

١٢٨٥ — أغفل الشارع حكم المادة ١٦١٤ فرنساوى ولكن الاحكام العامة كفيلة بها فقد اشترط القانون وجوب تعيين المبيع تعييناً كافياً وأوجب على المشترى العلم به ذاتاً وصفات ورسم للوفاء بالتعهدات الطرق التى ينبغى الرجوع اليها عند الاقتضاء — « انظر المواد ٢٤٩ وما بعدها و ٢٦١ وشرح ذلك فقرة ٤٥٧ و ١٠٦٤ وما بعدها ومادة ١١٧ و١٦٨ وما بعدها

١٢٨٦ — فمتى علم المبيع وتعين بالكيفية السابق تقريرها وجب على البائع أن يسلمه :

١ — بالحالة التى كان عليها وقت البيع

٢ — وأن يسلمه مع الزوائد التى تحصل بعد البيع وقبل القبض

٣ — وأن يستنزل مقادير الظروف والأوعية بحسب عرف التجارة

٤ — وأن يسلمه مع ملحقاته الضرورية

١٢٨٧ – يجب على البائع :

أن يسلم المبيع بالحالة التى كان عليها وقت البيع وذلك لأن المبيع يتعين بتعيينه فى العقد فيلزم البائع أن يسلمه بعينه حتى يعتبر الوفاء تاماً إذ الوفاء لا يتم الاّ بتسليم الشيء المتفق عليه نفسه ولا يصح باعطاء غيره وان كان مثله حتى لو كان فى ذلك منفعة أكثر للمتعهد له الاّ إذا قَبِل – فتحى باشاص١٨٣و٢٧٤مرشدالحيران و١٦١٤ف

وأن لا يحدث فيه تغييراً بفعله أو بتركه يحدث بتقصيره لأنه واجب عليه صيانة المبيع وحفظه بحالته الى حين تسليمه فالمشترى انما اشترى بمراعاة تلك الحالة والثمن انما قدر بحسبها

فاذا أحدث البائع تغييراً فى المبيع كان للمشترى أن يلزمه باعادة الشيء لحالته الأصلية واذا تعذر ذلك جاز له أن يرفض الاستلام ويطلب الفسخ مع التعويضات – « بودرى المطول فقرة ٣١١ وهالتون ج ٢ ص ٣١ »

اما اذا حدث التغيير فى المبيع بغير فعل البائع بأن هلك كله أو بعضه أو تلف فيرجع فيما يترتب على ذلك الى مبحث هلاك المبيع وقد تقدم شرحه – انظر فقرة ١١٨٦ وما بعدها

وجوب تسليم نفس المبيع

١٢٨٨ – واذا كان لا يجوز للبائع أن يحدث تغييراً فى المبيع فمن باب أولى لا يجوز له أن يستبدله بغيره فيجب عليه أن يسلم نفس المبيع وأن لا يسلم شيئاً آخر غيره حتى ولو كان زائداً عنه فى القيمة لأنه يجب أن يكون الوفاء بحسب الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين – انظر مادة ١٢٤٣ فرنساوى و ١٦٨ أهلى و ٢٣١ مختلط و ٢٠٤ مجلة و ٢٧٤ مرشد الحيران

فى تسليم المبيع المعين بنوعه

١٢٨٩ – ويلاحظ أن نص المادة ١٦١٤ فرنساوى يقصد به الأشياء المعينة بالذات فهى التى يمكن تسليمها بحالتها وقت البيع فان كان المبيع معيناً بالنوع فما هى الحالة التى يجب أن يسلم بها ؟

والجواب أنه عند عدم شرط خاص يجب على البائع ان يسلم الأشياء المبيعة بحالة جيدة

وفى القانون الفرنساوى نص صريح يقضى بأن يكون الشيء وسطاً وقابلا للاتجار به فلا يسلم الشيء من أجود نوع ولا من أردأه — مادة ١٢٤٦ ف

اما اذا اشترط فى العقد شروط خاصة بصفته وصنفه فيجب أن تسلم الأشياء المبيعة بحسب الوجه المتفق عليه كقطن عفيفى أو نوبارى من الجنية الأولى وهكذا — مادة ١٦٨ أهلى (٢٣١ مختلط)

النقص الطفيف فى صنفه

١٢٩٠ — غير أن العادة التجارية جرت بأن النقص الطفيف فى صنف الشيء المبيع لا يجيز للمشترى أن يرفض استلامه وإنما يجيز له انقاص ثمنه نقصاً يعوّضه الفرق فى صنف البضاعة

اما اذا كان الفرق جسيماً أو كان واقعاً فى الصفات الجوهرية للمبيع فللمشترى أن يرفض الاستلام ويطلب الفسخ مع التعويضات المستحقة اذا لم يتيسر للبائع أن يسلمه بضاعة أخرى بحسب الصفات المتفق عليها

وتقدير ما اذا كان الفرق طفيفاً فيستوجب تنقيص الثمن فقط أمر موكول للمحاكم تقدره بحسب الظروف والعوائد التجارية

تسليم المبيع بالعينة

واذا حصل البيع بناءً على عينة أو نموذج كان للمشترى أن يجبر البائع على تسليم البضاعة من نفس العينة ويرفض ما غايرها

١٢٩١ — وقد حكم بأنه اذا أهمل البائع فى جنى القطن المبيع بدرجه أثرت على كمية القطن ومقداره ولكن صنفه بقى موافقاً للشروط المتفق عليها فلا محل للفسخ ولكن هناك محل لتنقيص الثمن — طنطا ٩ يونيه سنة ١٨٩٨ س ١٠ ص ٣٢٠ وفقرة ٤٧٠١ مجموعة أولى

متى يرفض المبيع

١٢٩٢ — فى اى وقت يصح رفض المبيع اذا رئى أنه غير حائز للصفات المطلوبة أو غير موافق للعينة المتفق عليها ؟

مما لا ريب فيه أن المشترى يجب عليه أن يرفض المبيع فى اقرب وقت ممكن حتى لا يعتبر سكوته رضاء بما فى المبيع من عيب او نقص فى الصفات ولكن يجب

ان يمهل الوقت الكافى للتحقق من صفات المبيع ولهذا يجوز له ان يرفض المبيع طالما أنه لم يقبله صراحة او دلالة

ومعنى هذا أن مجرد استلام المشترى للمبيع لا يسقط دعواه بعدم موافقة ما سلم اليه لما اتفق على شرائه . ولا محل طبعاً للتمسك بنص المادة ٩٩ من قانون التجارة والقول بأنه يجب على المشترى رفض الأشياء المبيعة وقت استلامها لأن النص المذكور يقصد به تقرير العلاقة بين المشترى و بين أمين النقل. أما تنفيذ البيع فيجب الرجوع فيه للقواعد العامة وهى تجيز للمشترى أن يتقاضى بشأن عدم موافقة الأشياء المسلمة لما اتفق عليه طالما أن اثبات دعواه ممكن وأنه لم يستعمل الأشياء التى استلمها استعمالاً يدل على رضائه بها — بودرى المطول فقرة ٢/٣١٢ والمختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٤ بورللى مادة ١٠٤ تجارى

١٢٩٣ — فاذا استلمها وتصرّف فيها سقط حقه فى الشكوى من عدم مطابقة البضاعة لشروط البيع وذلك لعدم تيسر الاثبات حينئذٍ — محكمة استئناف مصر الأهلية ٢٣ مارس سنة ٩٠٩ الاستقلال ٣٣ و٣٤ س ٧

١٢٩٤ — فاذا سحب البضاعة من الجمرك باسكندرية وأرسلها للعاصمة دل ذلك على قصد المرسل اليه أخذ البضاعة وسقطت دعواه قبل المرسل اذا كان منشأ الدعوى العيب الحادث من عدم اتقان ربط البضاعة وحزمها وكان ذلك العيب ظاهراً من الخارج — مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٨٦ وبورللى مادة ١٠٤ تجارى

١٢٩٥ — ان قبول المشترى المستندات المقدمة له لسحب البضاعة بغير أن يحفظ حقه حفظاً صريحاً لا يستلزم حرمانه من حق المعارضة فى البضاعة بسبب وجود فرق فى صنفها — مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ س ١١ ص ٢٣١ فقرة ٤٤٠٧ مجموعة ثانية

١٢٩٦ — ان حكم المادة ٣٧٠ مختلط (٢٩٦ أهلى) لا يسرى على حالة تسليم أشياء غير مطابقة للطلب الذى طلب — ٧ يونيه سنة ١٩٠٠ س ١٢ ص ٣٠٣ فقرة ٤٤٠٨ مجموعة ثانية

١٢٩٧ — واذا نشأ نزاع بين البائع والمشترى لوجود عيب فى المبيع أو لعدم

موافقته للعينة ودعت الحال لتعيين خبير لمعاينته واثبات حالته وجب اجراء ذلك طبقاً للأوضاع المنصوص عليهـا فى قانون المرافعات لا بحسب حكم المادة ١٠٥ مختلط (١٠١ أهلى) فان هذه المادة خاصة بالنزاع القائم بين أمين النقل والمرسل اليه — « مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٨٧ وبورللى مادة ١٠٥ م »

١٢٩٨ — النص الذى يذكر فى قائمة شروط البيع بالمزاد متضمناً أن الراسى عليه المزاد يجب عليه أن يستلم الشىء بحالته الموجود عليهـا ولا حق له فى المطالبة بأى تعويض عن أى شىء يكون ناقصاً يكفى لرفض دعوى الراسى عليه المزاد الخاصة بطلب ثمن الأشياء الناقصة أو التالفة فان الواجب على من يرسى عليه المزاد أن يطلع على الأشياء المعروض بيعها ويعلم بها — ٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٤٣٩ مجموعة ثانية

والنص فى قائمة الشروط الذى يتضمن أن الدائن طالب البيع لا يضمن مساحة الأطيان وأن البيع ساقط الخيار بالنسبة للراسى عليه المزاد يكون مخلياً البائع من إلزامه بتحمل نقص فى الثمن عند ظهور عجز فى المساحة — مختلط ١٤ فبراير سنة ٩٠٠ فقرة ٤٤٤٠ مجموعة ثانية

١٢٩٩ — اذا اتفق المتعاقدان على أن تكون البضاعة من فاوريقة أو مصنع معين وعليها علامته وجب أن يكون التسليم وارداً على أشياء مصنوعة فى نفس الفاوريقة وإلاّ كان للمشترى رفضها لأنه يجب أن يكون الوفاء بحسب قصد المتعاقدين والوجه المتفق عليه بينهما — مادة ٢٨٥ و١٦٨ أهلى و٣٠٧ و٢٣١ مختلط

١٣٠٠ — واثبات مطابقـة أو عدم مطابقة الشىء المسلم يكون بحسب القواعد العامة للاثبات

فى اثبات مطابقة الشىء المسلم

فعلى المشترى اثبات ان البائع تعهد بأن يسلمه بضاعة من صنف معين وإلاّ كان مجبوراً على استلامها من الصنف الوسط بحسب القاعدة العامة كما قدمنا

وعلى البائع ان يثبت ان ما يسلمه موافق للشروط المتفق عليها لأن عليه اثبات براءته مما تعهد به — مادة ٢١٤ أهلى ٢٧٨ و ٢٧٩ مختلط

المبحث الثانى — فى ثمرة المبيع وزوائده

١٣٠١ – من المعلوم ان ملكية المبيع المعين بالذات تنتقل من وقت التعاقد . اما ملكية المبيع المعين نوعه فلا تنتقل الاّ بالتسليم – (٢٦٧ و ٢٦٨ أهلى)

ويترتب على كون المشترى يعتبر مالكاً للمبيع من وقت البيع فى الأشياء المعينة بالذات أن تكون ثمرة المبيع له فجميع ثمرات الملك سواء كانت طبيعية أو عارضية وكافة ما هو تابع للملك يكون للمالك – مادة ١١ أهلى و٢٧و٢٨ مختلط

وقد صرحت بذلك مادة ١٦١٤ فرنساوى فقررت بأن ثمرة المبيع من وقت البيع تكون للمشترى . كما نصت عليه مادة ٣٨٦ مرشد الحيران فقالت بأن الزوائد التى تحصل فى المبيع بعد البيع وقبل القبض كالثمار والنتاج تكون حقاً للمشترى

ولو استلزمت بعض هذه الثمار مصاريف من البائع فلا حق له فى مطالبة المشترى بها لأن المفترض ان قيمتها دخلت فى الثمن – بودرى المطول فقرة ٣١٣

وللمشترى الحق فى ثمرة المبيع ولو كان تسليمه مؤجلاً ما لم يكن متفقاً على خلاف ذلك صراحة أو دلالة . فاذا اتفق المتعاقدان على ان المبيع لا يسلم الاّ بعد حصد الزرع أو جنى القطن دل ذلك على ان الزرع أو القطن للبائع

١٣٠٢ – وقد حكم بأن أجرة الأراضى لا تستحق كالفوائد وأجرة المنازل يوماً بيوم ولكن بنسبة الانتفاع فاذا باع المؤجر الأرض المؤجرة للمستأجر فى شهر ديسمبر فلا حق له فى الايجار الاّ لغاية شهر اكتوبر لأنه فى شهرى نوفمبر وديسمبر لا توجد زراعة بالأرض وبالعكس تستدعى الأرض مصاريف ينفقها المستأجر لتهيئة الأرض – « مختلط ٥ مارس سنة ١٩٠٨ وفقرة ٤٤٣٠ مجموعة ثانية »

تنبيه – يلاحظ ان المراد هنا الزوائد الثمرة المتولدة من المبيع بعد تاريخ البيع كالحمل فى بطن أمه أما الزرع والثمر وغيره مما يكون موجوداً وقت البيع فسنفصل احكامه فى موضعها – انظر فقرة ١٣١٢ – ١٣١٤

المبحث الثالث — فى استنزال مقدار الظروف والأوعية

١٣٠٣ – قرر القانون انه فيما يتعلق باستنزال مقادير ظروف البضاعة المسلمة وأوعيتها يتبع عرف التجارة – مادة ٣٢٦ أهلى و ٤٠٤ مختلط

وهذا الحكم موافق لمذهب المالكية الذين يقولون لو جرى العرف باسقاط قدر معلوم ومعروف لوزن الظرف أو الوعاء فالبيع صحيح لأنه غرر يسير مغتفر للحاجة اليه وما جرى به العرف الاّ بعد تجربته مراراً ووجوده كذلك غالباً وان ندر فيه تفاوت فبشيء يسير تتسامح فيه النفوس ولا يلتفت اليه

وبهذه المناسبة قالوا لو جرت العادة على اسقاط قدر من الوزن أيضاً فى نظير ما يوجد فى المبيع دنيئاً أو غلثاً فالبيع جائز أيضاً اذا شهدت العادة انه لا يختل الاّ بيسير فى وزنه لأنه من الغرر اليسير المضاف الى البيوع — فتاوى الشيخ عليش ج ٢ ص ١٠٦ و ١٠٩

اما فى مذهب الحنفية فيعتبر البيع فاسداً فى صورة ما اذا باع الشيء على ان يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف قدراً معلوماً (خمسون رطلاً مثلاً)

ويعتبر صحيحاً ان شرط ان يطرح عنه « بوزن الظرف » كما لو عرف قدر وزنه وذلك لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثانى يقتضيه اذ من مقتضى العقد ان يخرج عنه وزن الظرف فاذا طُرح خمسون مثلاً فيحتمل ان يكون أكثر من الظرف أو أقل أى يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين الاّ اذا عرف ان وزنه خمسون رطلاً فحينئذ يجوز لأنه يقتضيه العقد — زيلعى ص ٥٦ ج ٤ — وابن عابدين ج ٤ ص ١٢٢

الفرع العاشر — فى ملحقات البيع

قوانين الهلية

مادة ٢٨٥ أهلى — يجب أن يكون التسليم شاملاً للمبيع ولجميع ما يعد من ملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين

٣٥٧ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٨٦ اهلى — فى حالة عدم

شريعة اسلامية

مادة ٣٧٥ مرشد الحيران — كل ماجرى عرف البلدة على أنه من متناولات المبيع أو كان متصلا بالأرض اتصال قرار سواء كان اتصاله خلقياً أو صناعياً يدخل فى البيع تبعاً بلا ذكر

مادة ٣٧٦ — فيدخل فى الدار بحدودها كل ما كان مبنياً أو مثبتاً فيها أو متصلا ببنائها اتصالا لا ينفصل عنه ويدخل فيه بستانها الداخل فيها لا الخارج عنها ولو كان بابه فيها الا اذا كان أصغر منها فيدخل تبعاً

وجود شرط فى عقد البيع تتبع القواعد المقررة فى الأحوال الآتى بيانها ان لم يقض عرف الجهة بغير ذلك

٣٥٨ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٨٧ اهلى — بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المغروسة ولا يشمل الأثمار النضجة ولا الشجيرات الموضوعة في الأوعية او فى بقعة مخصوصة منه المعدة للنقل

٣٦٠ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٨٨ اهلى — بيع الأرض لا يشمل ما فيها من المزروعات

٣٦١ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٨٩ اهلى — بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ولا يشمل ما فيه من المنقولات التى يمكن نقلها بدون تلف

٣٦٢ مختلط — مطابقة لها مع اضافة هذه العبارة فى آخر المادة « ومع ذلك فيتبع فى هذه المادة عرف البلد »

مادة ٣٤٩ مختلط — بيع البقرة ذات اللبن يشمل ولدها الرضيع

وما لا يكون من بنائها ولا من توابعه المتصلة به فلا يدخل فى البيع الا اذا جرت عادة البلدة وعرف أهلها على أن البائع لا يضن به ولا يمنعه عن المشترى

مادة ٣٧٧ — ويدخل فى بيع الأرض تبعاً بلا ذكر الأشجار المغروسة فيها للبقاء والتأبيد سواء كانت صغيرة أو كبيرة مثمرة أو غير مثمرة الا الاشجار اليابسة التى لا ينتفع بها الاحطباً أو الأشجار المغروسة المعدة لقلعها من وجه الارض ونقلها فى كل مدة معلومة فهذه لا تدخل فى البيع الا بالتسمية وكل ما ليس لقطعه مدة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الشجر

مادة ٣٧٨ — كل ما كان من حقوق المبيع ومرافقه أى توابعه التى لا بد له منها الا لاجله يدخل فى البيع اذا ذكرت الحقوق والمرافق فى العقد

فاذا بيعت دار بحقوقها ومرافقها دخل فى البيع الطريق الخاص بها وحق الشرب وحق المسيل وان لم ينص فى العقد على بيعها بحقوقها ومرافقها فلا تدخل الطريق الخاص بها ولا الشرب ولا المسيل

مادة ٣٧٩ — كل ما ليس من حقوق المبيع ومرافقه فلا يدخل فى البيع وان ذكرت الحقوق والمرافق. فلا يدخل فى بيع الأرض تبعاً الزرع الذى نبت وله قيمة وانما يدخل الزرع الذى لم ينبت وما نبت ولا قيمة له

مادة ٣٨٠ — لا يدخل الثمر فى بيع الشجر الا اذا اشترطه المبتاع سواء بيع الشجر مع الأرض أو وحده وكل ما لقلعه مدة ونهاية معلومة فهو بمنزلة الثمر

مادة ٣٨١ — ما كان فى حكم جزء من المبيع بأن كان لا ينتفع بالمبيع الا به فانه يدخل فى البيع بلا ذكر

فاذا بيعت بقرة حلوب لأجل لبنها يدخل فلوها الرضيع فى البيع تبعاً

مادة ٣٨٢ منه — شراء الشجرة لأجل القرار يدخل فيه الأرض القائمة عليها الشجرة وان قلعها المشترى فله أن يغرس فى مكانها شجرة غيرها وان اشتراها لأجل قلعها فلا تدخل فى بيعها الأرض الحاملة لها ويؤمر المشترى بقلعها وليس له أن يحفر الارض الى ما تتناهى اليه عروقها فان قلعها من وجه الأرض ثم نبتت من أصلها أو من عروقها شجرة فهى حق البائع وان قطعها من أعلاها فما نبت منها فهو للمشترى

مادة ٣٨٣ منه — وان اشترى شجرة للقلع وكان فى قلعها من الأصل ضرر للبائع يقطعها من وجه الأرض من حيث لا يتضرر به البائع ولو انهدم فى قلعها حائط ضمن القالع ما نشأ من قلعه

مادة ٣٨٤ منه — كل ما يدخل فى البيع تبعاً اذا هلك قبل التسليم لا يقابله شيء من الثمن فاذا اشترى داراً فانهدم بناؤها قبل التسليم خير المشترى ان شاء أخذها بكل الثمن وان شاء ترك

مادة ٣٨٥ منه — اذا لم يدخل الطريق فى المبيع وليس له مسلك الى الشارع فللمشترى أن يرده للبائع ان لم يعلم بذلك وقت البيع

مادة ٤١٥ مرشد الحيران — ما يدخل فى البيع تبعاً اذا استحق بعد القبض كان له حصة من الثمن فيرجع المشترى على البائع بحصته من الثمن

واذا استحق قبل القبض فان كان لا يجوز بيعه وحده كالشرب فلا حصة له من الثمن فلا يرجع بشيء بل يخير بين أخذ المبيع بكل الثمن أو تركه وان كان يجوز بيعه وحده كالشجر والبناء تكون له حصة من الثمن فيرجع بها على البائع

قانون فرنساوى

مادة ١٦١٤ — التزام البائع بتسليم المبيع يشمل جميع ملحقاته وكل ما هو معد لاستعماله على سبيل الدوام

حكم الملحقات في الشريعة الاسلامية

١٣٠٤ — مزج القانون أحكام الشريعة الفرنساوية بأحكام الشريعة الاسلامية في هــذا الموضع كجارى عادته ولما كانت أحكام الشريعة الاسلامية واضحة في النصوص التي أوردناها آنفاً فلا محل لتكرارها هنا وانما نقول بأن الفقهاء قرروا بأن هذا الفصل مبنى على قاعدتين : ١ — اتصال القرار . ٢ — والعرف

اذ الأصل في جنس هذه المسائل أن الشيء اذا كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار دخل في المبيع تبعاً كالبناء والاَّ فلا الاَّ اذا جرى العرف بالدخول فيه . وقالوا ان مما يدخل بالعرف خطام البعير والحبل المشدود في عنق الحمار بخلاف سرج الدابة ولجامها حيث لا يدخل الاَّ بالشرط لعدم العرف الاَّ أن يكون العرف بخلافه

وفصيل الناقة وجحش الأتان والعجل والحمل ان ذهب به البائع مع الأم الى موضع البيع دخل فيه للعرف والاَّ فلا

ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الاَّ بالشرط لأنهما متصلان بهما للفصل فصارا كالمتاع الموضوع فيهما الاَّ أن يشترطهما المبتاع

كيفية تسليم مبيع عليه ثمر

فلو باع شخص شجراً عليه ثمر أو كرماً عليه عنب لا يدخل الثمر ولا العنب في البيع . ويقال للبائع اقطع الزرع والثمر وسلم المبيع وذلك لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان في المبيع متاع موضوع فانه يجبر على تسليمه فارغاً . ويجبر البائع في هذه الحالة على التسليم حتى ولو لم يظهر صلاح الزرع والثمر . وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة لا يقطع كذلك فصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الأرض زرع

ويكلف البائع بذلك عند وجوب التسليم فلو لم يُنقد الثمن لا يؤمر بقطعه لعدم وجوب التسليم — ابن عابدين جزء ٤ ص ٣٩ وما بعدها

١٣٠٥ — ويدخل الشجر في بيع الأرض بلا ذكر مثمرة كانت الشجرة أو لا متى

كانت موضوعة فيها القرار . والشجر اليابس لا يدخل فى بيع الأرض لأنه على شرف القلع فهو كحطب موضوع فيها — ابن عابدين جزء ٤ ص ٣٧

١٣٠٦ — ولا فرق بين ما اذا كان للزرع أو الثمر قيمة أو لم يكن لهما قيمة فيكونان فى الحالين للبائع لأن بيعهما منفرداً جائز فى الحالين فكذا لا يدخلان فى بيع الأرض والشجر تبعاً

١٣٠٧ — والحاصل أنه قد يدخل بعض المنقول المنفصل اذا كان تبعاً للمبيع بحيث لا ينتفع به الا به فيصير حينئذ كالجزء كولد البقرة الرضيع بخلاف الأتان لأن البقرة لا ينتفع بها الا بالعجل

وكل ما دخل تبعاً فى البيع لا يقابله شىء من الثمن لكونه كالوصف — ابن عابدين جزء ٤ ص ٣٧

١٣٠٨ — أما الحقوق والمرافق فتدخل بذكرها . والمرافق هى الحقوق . والحق ما هو تبع للمبيع ولا بد له منه ولا يقصد الا لأجله كالطريق والشرب للأرض — « ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥ » الحقوق والمرافق

فلا يدخل فى بيع الدار الطريق والشرب والمسيل الا بذكر كل حق لها ونحوه وذلك لأنها خارجة عن الحدود ولكنها من الحقوق فتدخل بذكرها

ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما . ولو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو لها . أو فيها . أو منها . أو من حقوقها . أو من مرافقها . لا يدخلان كذلك وان لم يقل من حقوقها . أو من مرافقها دخلا فيه لأنهما من الذى له فيها أو منها للاتصال فى الحال بخلاف الثمر المجذوذ أو الزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه للانفصال فى الحال — زيلعى جزء ٤ ص ٩ وما بعدها

١٣٠٩ — كذلك فرّعوا على ما كان متصلاً اتصال قرار ان الحجارة المخلوقة والمثبتة فى الأرض تدخل فى البيع أما الحجارة المدفونة فلا تدخل ويدل عليه قولهم لو اشترى أرضاً بحقوقها وانهدم حائط منها فاذا فيه رصاص أو ساج أو خشب ان من

جملة البناء كالذى يكون تحت الحائط يدخل وان شيئاً مودعاً فيه فهو للبائع وان قال البائع ليس لى فحكمه حكم اللقطة . وقولهم شيئاً مودعاً يدخل فيه الأحجار المدفونة

حكم الملحقات فى القانون

١٣١٠ — أوجب القانون على البائع أن يسلم المبيع وجميع ما يعد من ملحقاته لأن من اشترى شيئاً فإنما يشتريه عادة بملحقاته الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين

وملحقات المبيع هى الأشياء المتصلة به بحيث لو انفصلت عنه انعدمت منفعته أو نقصت بحيث لم يعد يصلح للغرض الذى قصده المشترى منه

ماهى الملحقات

١٣١١—ويرجع فى اعتبار الشيء من الملحقات الضرورية لأمور : ١ — جنس المبيع ٢ — قصد المتعاقدين ٣ — عرف الجهة ٤ — نص القانون

وكل ذلك ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ما تقدم . فللمتعاقدين أن يخالفا ما جرى عليه العرف ومانص عليه القانون . فان سكتا نظر لجنس المبيع حتى اذا استلزم أن يكون أحد الأشياء تبعاً للمبيع كان كذلك وإلاَّ فيرجع للعرف فاذا قضى باعتبار شيء أنه ملحق للمبيع اعتبر كذلك فان لم يكن عرف خاص رجع لنص القانون فى الأحوال التى قرر لها قواعد خاصة لاتباعها — انظر مواد ٢٨٥ أهلى وما بعدها

الرجوع لنص القانون

١٣١٢ — أما الأحوال التى نص القانون على مراعاتها عند عدم الشرط أو العرف فهى : —

أولاً — بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المغروسة ولا يشمل الأثمار النضجة ولا الشجيرات الموضوعة فى الأوعية أو فى بقعة مخصوصة منه المعدة للنقل . وعلى ذلك تكون هذه الأشياء للبائع ولا يجوز للمشترى طلب استلامها إلاَّ بشرط خاص « قارن ذلك بحكم الشريعة فقرة ١٣٠٥ التقدمة »

١٣١٣ — ثانياً — بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ولا يشمل ما فيه من المنقولات التى يمكن نقلها بدون تلف — مادة ٢٨٩ أهلى و٣٦٢ مختلط

وعلى ذلك فالأشياء الثابتة فى المنزل ويمكن فصلها ونقلها بغير تلف لا تدخل فى البيع ولا يجب تسليمها . يعين على هذا الاستنتاج ما قرَّرته مادة ١٦١٥ فرنساوى

من أن التعهد بالتسليم يشمل ملحقاته وكل ما هو معد لاستعماله على سبيل الدوام

وكل ما كان ثابتاً بصفة دائمة بحيث يتلف اذا نزع يعد تابعاً للمنزل ولا يكون للبائع حق فيه إلاَّ اذا اشترطه لنفسه كالمرائى واللوحات الثابتة وغشاء الحيطان المثبت بها .

أما اذا كانت الأشياء السابقة معلقة فهى للبائع وكذلك أدوات النور والكهرباء لأنه يمكن نقلها بلا تلف — دوهلس فقرة ١٦٣ بيع ج ٤

أما حوش المنزل و بستانه والمبانى الثانوية التى يكون الدخول اليها بواسطته والحائط الفاصل فكلها تعد من ملحقات المنزل — بودرى الطول فقرة ٣١٧

تنبيه — راجع أيضاً ما ذكرناه عن الشريعة الاسلامية فقرة ١٣٠٩

١٣١٤ — ثالثاً — بيع الأرض الزراعية لايشمل ما فيها من المزروعات — مادة ٢٨٨

وهذا النص مستمد كسابقيه من الشريعة الإسلامية ومخالف فى الظاهر لحكم القانون الفرنساوى الذى يقضى بأن ثمرة المبيع تكون للمشترى من وقت البيع

وقلنا فى الظاهر لأن المقصود هنا الزرع الذى يكون قائماً وقت البيع أما الأثمار الناشئة من المبيع بعد البيع فهى للمشترى كما سبق فبينا ذلك — انظر فقرة ١٣٠١ وما بعدها

والقانون لم يبين ما اذا كان غرضه الزرع الناضج فقط أو غير الناضج أيضاً كما بين فى حالة بيع البساتين بالنسبة للأثمار النضجة . والمسألة خلافية فى الشريعة الاسلامية فبعضهم يقول اذا نبت الزرع ولا قيمة له دخل فى بيع الأرض و بعضهم قال لا يدخل حتى ولو لم ينبت أو عفن فانه يكون للبائع ما لم يشترطه المبتاع

و يميل بعضهم للقول ان المقصود بعدم الدخول فى البيع هو الزرع الناضج المستحصد لأن الزرع الذى لم ينضج يستدعى أن يتعهده البائع الى وقت حصاده وذلك يستدعى دخوله فى أرض المشترى الذى أصبح مالكاً للعين وله وحده حق الانتفاع والتمتع بها — دوهلس فقرة ١٩٤

١٣١٥ — و بيع الأرض يشمل الآلات الثابتة أو الدائمة المعدة لريها كالسواقى والطواحين والمصارف والمساقى وغيرها — دوهلس فقرة ١٩٥

احكام

١٣١٦ – وقد حكمت المحكمة المختلطة بأن العادة جرت بذكر السواقى فى البيع فاذا لم تذكر فى عقد فلا تعتبر من ملحقات المبيع ما لم يتبين أن قصد المتعاقدين كان بخلاف ذلك – ١٤ ديسمبر سنة ٩٠٥ فقرة ٤٤٢٣ مجموعة ثانية

١٣١٧ – لا تدخل فى بيع الأراضى المخازن المعدة لحفظ الحصائد حتى المبنى منها فى الأرض المبيعة ولا الآلة البخارية المستعملة لرى هذه الأراضى مع رى غيرها اذا لم يذكر شىء صريح من ذلك فى عقد البيع – الاستئناف الأهلى الرقيم ١٣ يونيه سنة ١٩٠١ مجموعة نمرة ٥٩ سنة ثالثة

١٣١٨ – اذا لم يذكر فى عقد البيع ضمن ملحقاته « الدوار » وجب مراعاة قصد المتعاقدين بحسب ما يظهر من ظروف الأحوال – مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ٩٠٥ فقرة ٤٤٢٨ مجموعة ثانية

١٣١٩ – متى كانت الأرض والبناء القائم عليها مملوكين لشخص واحد فالمعتبر أن بيع المنزل يشمل البناء والأرض القائم عليها – مختلط ٢ يناير سنة ١٩٠٧ فقرة ٤٤٢٩ مجموعة ثانية

١٣٢٠ – حق الممر للشارع العام لا يعتبر من الملحقات الضرورية للمبيع وعلى ذلك لا يلزم البائع بتسليمه ولا يجوز للمشترى طلب الفسخ بناءً على أن الأرض لا طريق لها – ٧ يناير سنة ١٨٩٧ نمرة ٩ ص ١٠٤ فقرة ٤٦٩٩

١٣٢١ – ان حق الممر للطريق العام لملك محاط لا يعد من الملحقات الضرورية للعقار ولا يجب حينئذٍ على البائع تسليمه وعلى ذلك تعتبر الدعوى المقامة بطلب فسخ البيع بناءً على أن المبيع محاط على غير أساس – مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ وفقرة ٤٦٦٣ مجموعة أولى

الرجوع لجنس المبيع أو لقصد المتعاقدين

١٣٢٢ – ومما يرجع فيه لجنس المبيع أو قصد المتعاقدين أو العرف الأشياء الآتية: – المنقولات المتعلقة بالعقار التى تعد مالاً ثابتاً هى ملحقات للمبيع ويجب على البائع تسليمها معه كآلات الزراعة والماشية اللازمة لها المملوكة لصاحب الأرض والحطب والسماد الموجود بالأرض وقت البيع – بودرى المطول فقرة ٣١٥

إلاّ أن الأموال الثابتة بالالتحاق لا تعد من الملحقات إلاّ فى حالة بيع العقار المتعلقة به بأكمله . أما اذا بيع العقار مجزأ فتزول عن الأموال المذكورة صفة الالتحاق . ولكن اذا بيع بالانصباء كالنصف أو الثلث كان البيع لحصة مشاعة من كل وعلى ذلك يستحق المشترى نصيباً بقدر ما اشترى من الأموال الملحقة بالعقار — بودرى المطول نفس الفقرة .

١٣٢٣ — وما يحدث من طمى الأنهار يكون ملكاً لمالك الأرض التى على ساحل النهر (مادة ١٦٠ أهلى) وعلى ذلك يعد ملحقاً به ويجب تسليمه معها

اذا جعل البحر حدًّا من حدود الأرض المبيعة فى العقد فلا يدخل شاطئ البحر لأنه معتبر من أملاك المعدة للمنفعة العمومية — مختلط ١٠ يونيه سنة ١٩٠٧ فقرة ٤٣٨٩ مجموعة ثانية

١٣٢٤ — ويعد من ملحقات المعمل قناة جلب المياه وقناة صرفها إلاّ اذا كانت القناة مشتركة بين عقارات أخرى فيكون للمشترى فقط حق ارتفاق عليها — بودرى المطول فقرة ٣١٧

١٣٢٥ — ونقل الملك ينقل للمشترى جميع الحقوق المرتبطة به والتى تعد من توابعه وملحقاته كحقوق الارتفاق والدعاوى المتعلقة بها

الحقوق التى لا ترتبط بالمبيع

١٣٢٦ — ولكن الحقوق التى لا ترتبط بالمبيع لا تنتقل وكذلك الدعاوى الناشئة عنها . مثال ذلك دعاوى التعويض الناشئة عن التعرض للبائع قبل البيع أو الناشئة عن احداث تلف بالمبيع قبله أيضاً والدعاوى المقامة على الحكومة أو شركة لتعديلها فى الشوارع الموصلة للطريق العام مثلاً

وحقوق الارتفاق التى لمنفعة العقار المبيع على الأراضى المجاورة تعد ملحقات يستفيد منها المشترى

١٣٢٧ — ولكن دعوى الضمان التى للبائع قبل المهندس المعمارى الذى بنى المنزل المبيع تنتقل حتماً للمشترى باعتبارها من توابع المبيع — لوران ٢٤ ص ١٨٦ — دوهلس فقرة ٢٠٠

١٣٢٨ — وبالجملة يدخل فى المبيع جميع ملحقات العقار الضرورية كما قرر القانون

والتى بدونها لا تحصل المنفعة التى كان ينتفع بها البائع

ويخرج بالملحقات الضرورية للعقار الحقوق الشخصية التى كانت للبائع كحق الصيد فى أرض الجار الذى كان للبائع — بودرى فقرة ٣١٨

١٣٢٩ — واذا بيعت بقرة ذات لبن دخل فى المبيع ولدها الرضيع . وقد نص القانون المختلط على ذلك (مادة ٣٥٩) وأغفله القانون الأهلى لأن الأمر يرجع فى تأويله للروابط السابق بيانهـا فان كانت البقرة حاوباً ولا ينتفع بها إلاَّ بولدها عد تابعاً لها وإلاَّ فلا

من ملحقات المنقول

١٣٣٠ — أما ما يعد من ملحقات المنقول فأمر دقيق والأولى تركه للعرف الجارى أو لاتفاق المتعاقدين — قارن بودرى فقرة ٣١٩

محل تجارى

١٣٣١ — ولكن لأهمية محل التجارة (الجدك) بحث فى الأشياء التى تعد من ملحقاتها عند بيعها . ووجه الشك ان محل التجارة لا يشمل فقط البضاعة التى فى المخزن وانما يتناول أيضاً كل ما يستبقى زبائنه أو يستجلبهم . فعلامة المحل . واللوحة المنقوش عليها عنوانه . ودفاتر الحسابات . والحق فى استعمال اسم البائع مشفوعاً بعبارة (خليفته) (*son successeur*) كل ذلك من لوازم ومقتضيات محلات التجارة

ا — أما اللوحة المكتوب فيها عنوان الدكان وشارته (اليفطة) فقد حكم بأنها من ملحقات المحل التجارى (الجدك) بخلاف البناء الذى يحصل مباشرة التجارة فيه فاذا ملك شخص عمارة وأنشأ بها محلاً تجارياً ثم باع العمارة واستأجر المكان الموجود به تجارته فلا تدخل يفطة محل التجارة فى بيع البناء بل تبقى للبائع وله أن ينقلها معه اذا نقل تجارته لمكان آخر فاذا باع تجارته دخلت فى بيعهـا — « بودرى فقرة ٣٢٠ »

والظاهر أن لا خلاف فى هذا الأمر بحسب نص القانون المصرى لأن اليفطة من ملحقات محل التجارة بحسب جنس المبيع

ب — أما من جهة استعمال اسم البائع فقد حكم بأن لا حق للمشترى فى استعمال

اسمه الاّ المدة اللازمة لجلب الزبن فقط — محكمة ليون ١٢ يونيو سنة ١٨٧٣ داللوز سنة ٧٤ ص ١٦٨

ويقول الاستاذ بودرى ان محل هذا التحديد ما اذا استعمل المشترى اسم البائع وحده بأن أبقاه على لوحة الدكان دون اضافة اسمه بعده لأن بيع أسماء الأشخاص غير جائز ولا يستعمل الاسم الاّ بأذن خاص من صاحبه . على ان للمشترى أن يضيف لاسمه عبارة « خليفة البائع » سواء على اللوحة أو فى الاعلانات التى ينشرها وأن يستعمل ذلك بغير تحديد مدة فان هذه الاضافة لا تعدُّ استعمالاً لاسم البائع بل هى تقرير لأمر واقع

واذا قيل بأن استعمال اسم البائع فى الحالة الأولى قد يعود عليه بالضرر لأنه يوهم الجمهور أنه لايزال يتعاطى التجارة فذكر اسم المشترى بأنه أخلفه لا ينشأ عنه ضرر ما

فى العلامات التجارية

حـ — أما علامة الفاوريقة أو التجارة ففيها تفصيل :

فاذا كانت العلامة عبارة عن نعوت للزخرف وصفات عامة[1] أراد بها الصانع أن يميز الأصناف من بعضها فتعد ملحقة لمحل التجارة ويتناولها البيع . أما اذا قصد بها الدلالة على محل صنع البضاعة ومصدرها ففى هذه الحالة تعد من ملحقات الفاوريقة أو المعمل الذى يصنع الأشياء ولا يتناولها بيع محل التجارة الاّ اذا كان المحل المذكور والفاوريقة أو المعمل واحداً — بودرى المطول فقرة ٣٢٠

واذا رجعنا لنص المادة المصرية نجد أن تفسيرها وتطبيقها موءد لهذه النتيجة

١٣٣٢ — وقد نظر الشراح فى استعمال العلامات التجارية الى نظر آخر وهو أنه اذا كان للبائع علامة يضعها على مصنوعاته وجب عليه أن يسلم البضاعة وعليها هذه العلامة دلالة على مصدرها وصفتها . وللمشترى أن يمتنع من استلام البضاعة اذا وجدها خالية من تلك العلامة كعلامة « كريستوفل » على بعض الفضيات . وذلك مالم يوجد شرط يقضى بغير ذلك . مثال ذلك اذا كان صنف من عينة رديئة والمالك لا يريد أن يفقد

(١) *Indication arbitraire ou nom de fantaisie* كالصفات التى توصف بها سجاير الدخان والأقمشة وغيرها

شهرة محله فيترك هذا الصنف من غير وضع علامة عليه . ويشاهد ذلك كثيراً فى المشروبات كما يشاهد فى المصنوعات والأشياء التجارية

١٣٣٣ — وبيع محل التجارة (الجدك) يشمل اجارة المحل فواجب على البائع التنازل عنها للمشترى اذا كان التنازل جائزاً . فاذا كان ممنوعاً من اسقاط حقه وجب عليه الحصول على الإذن بذلك والا جاز للمحكمة مع ذلك ابقاء الإيجار لمشترى الجدك بعد النظر فى التأمينات التى يقدمها ذلك المشترى ما لم يحصل للمالك من ابقائه ضرر حقيقى — مادة ٣٦٧ أهلى وانظر فقرة ٤٤٢ السابقة ومابعدها ودوهلس آخر فقرة ٢٠٠ ج ٤ بيع

١٣٣٤ — اذا بيع محل تجارى أو صناعى بشرط التنازل عن معاملة زبنه تضمن ذلك التزام البائع بأنه لا ينشئ محلاً مماثلاً للذى باعه بكيفية تضر المشترى وأن لا يسعى فى جلب عملاء المحل المبيع اليه

على أنه أحياناً يحكم بعكس ذلك جرياً على مبدأ حرية التجارة فالمسألة مسألة وقائع يترك تقديرها للقاضى — دوهلس فقرة ١٩٧ وانظر فيما تقدم فقرة ٣٤٩

فى بيع المكاتب

١٣٣٥ — وبيع مكتب ما يشمل الدفاتر وملفات القضايا وأصول الأوراق وغيرها حتى ملفات القضايا التى انتهت لاحتمال أن تكون لازمة بعد . فاذا كان البائع محتاجاً اليها لتحصيل أتعابه جاز له استعمالها لهذا الغرض

ومما جرى العرف باعتباره من ملحقات البيع القسائم الموجودة بالسندات التى لحاملها وتباع معها كقسائم الأرباح أو الحصص ويجوز فصلها قبل استحقاقها بأيام — « دوهلس فقرة ٢٠١ — والمختلط ٣ مايو سنة ١٩٠٥ فقرة ٤٤٢٦ مجموعة ثانية »

فى بيع لوح التصوير

١٣٣٦ — وبيع لوحات التصوير يشمل حق نقل صورتها بالتصوير الشمسى (الفتوغرافيا) أو بأى طريق آخر فان هذا الانتفاع من ملحقات ملكيتها

١٣٣٧ — وبيع الحصان يلزم البائع بتسليم الرسن اللازم لقيادته . أما السرج فلا يعد من الملحقات . واذا كان مبيعاً على أنه أصيل كجواد عربى أو مسكوفى وجب على البائع تسليم الشهادة الدالة على أصله لأنها ضرورية لإثبات صفة الحصان إذ ربما

كانت هذه الصفة هي التي بعثت المشترى على الشراء

١٣٣٨ — يستخلص من كل ما تقدم ان اعتبار الشيء من ملحقات المبيع بحسب قصد المتعاقدين أمر يختلف باختلاف الظروف والأحوال ولا رابط له إلاّ وجوب مراعاة أن الشيء لازم للانتفاع بالمبيع واستغلاله خصوصاً اذا تبين أن الشيء المبيع لا ينتفع به ولا ترجى منه فائدة اذا انفصل عن المبيع وبقى تحت يد البائع

في تسليم المبيع كاملا

١٣٣٩ — نص القانون على تسليم المبيع بملحقاته الضرورية فمن باب أولى يجب أن يسلمه البائع بأكمله اذ الوفاء يجب ان يكون على الوجه المتفق عليه وان لا يكون ببعض المستحق (مادة ١٦٨ أهلي و ١٢٤٤ فرنساوى) فالمشترى لا يجبر عملاً بذلك على استلام بعض المبيع لأن تسليم البعض لا يعد تنفيذاً للتعهد بالتسليم . وله حينئذٍ أن يمتنع من استلامه وأن يطلب تسليم المبيع بأكمله فى الميعاد المتفق عليه إلاّ اذا وجد شرط بخلاف ذلك . فاذا امتنع كان للدائن الخيار بين طلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات وبين طلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقم المدين بوفائه

وتسرى هذه القاعدة على المبيع المعين بنوعه او بذاته على السواء — انظر مادة ١٧٧ و ١٦٨ أهلي وبودرى فقرة ٣٢٥

كيفية تنفيذه

١٣٤٠ — والمبيع ولو كان قابلاً للانقسام فى ذاته ينفذ بين المتعاقدين كأنه غير قابل له وذلك لأنهُ يجب الوفاء بالتعهد على الوجه المتفق عليه بين المتعاقدين واعتبار التعهد غير قابل للانقسام بالنسبة للغرض المقصود من التعهد — انظر المادة ١٢٢٠ فرنساوى و ١١٨ و ١٦٨ أهلي

عدم مطابقة مقداره للمتفق عليه

وبناءً على ما تقدم لايجوز للمشترى فى بيوع السلم أن يمتنع فقط من استلام بعض البضاعة التى يعرض البائع تسليمها بل يجوز له أيضاً أن يبقى على حساب البائع الأصناف التى أرسلها له ولم يكن مقدارها موافقاً لما اتفق عليه

ولكن جرت العادة التجارية على التسامح فى هذه الحالة اذا كان الفرق فى المقدار طفيفاً كما تسامحت فى الفرق اليسير فى الصنف طبقاً لما أشرنا اليه آنفاً وعلى

ذلك اذا لم يكن الفرق جسيماً فان البائع يتساهل فى استلام القدر المقدم له لأن الفرق الطفيف لا يجيز الامتناع من الاستلام ولا يسوغ للمشترى أن يطلب الفسخ أو يطالب بتعويضات وانما يبيح له فقط أن يعدل فى الثمن بنسبة ما سلم اليه وحيث كان محل هذا الاستثناء ما اذا كان النقص يسيراً كان تقدير ذلك أمر يرجع للمحاكم تقدره بحسب العوائد التجارية — تنبيه — انظر ايضاً الفرع الثانى فقرة ١٣٤٥ وما بعدها

١٣٤١ — قد يذكر أحياناً فى الشروط بأن البضاعة تسلم بمقدار معين «على وجه التقريب» فالتسامح فى هذه الحالة فى تعديل الثمن قد يكون بنسبة أكبر مما يكون فى الحالة السابقة وقد جرت العادة أيضاً بأنه اذا كان المقدار أزيد من المتفق عليه فيزاد السعر أيضاً وكل ذلك يرجع فيه لعرف التجارة — بوردى فقرة ٣٢٥

١٣٤٢ — اذا بيع المبيع واشترط تسليمه على جملة دفع كبيع مائة أردب تسلم على أربع مرات فللمشترى أن يمتنع من استلام كل دفعة اذا كانت أقل من ٢٥ أردباً بمراعاة تعديل الثمن زيادة ونقصاً وعدم الوفاء فى تنفيذ دفعة أخرى لا يستوجب فسخ الصفقة بأكملها وانما يستوجب الفسخ بالنسبة للدفعة التى لم تنفذ لأن المبيع فى هذه الحالة يعتبر مجزءًا وكل دفعة مستقلة عن الأخرى

كذلك اذا تناول البيع جملة أشياء لا ترتبط ببعضها فسلم البائع بعضها ولم يسلم البعض الآخر فعدم تسليم البعض الآخر لا يستوجب فسخ الصفقة — بوردى فقرة ٣٢٥

١٣٤٣ — اذا سلم البائع المبيع وامتنع من تسليم ملحقاته جاز للمشترى أن يطلب وضع يده عليها أو استردادها لأنه مالك لها من وقت البيع كما يجوز له أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء البائع بتعهده وأن يطلب رد الثمن مع التعويض — دوهلس فقرة ٢٠٢ انظر مادتى ١١٧ و ١١٨ أهلى والمختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ فقرة ٤٤٢٤ مجموعة ثانية أحكام —

١٣٤٤ — اذا استلم المشترى آلة بخارية وأعطى إيصالاً بها وبملحقاتها فلا يجوز له بعد تقادم عهد الاستلام أن يتقاضى بشأن نقص بعض الملحقات ما لم يكن حفظ حقه فى ذلك صراحة — مختلط أول مارس سنة ١٩٠٠ فقرة ٤٤٢٣ مجموعة ثانية

الفرع الحادى عشر — فى نقص المبيع أو زيادته

قوانين مصرية

مادة ٢٩٠ أهلى — على البائع أن يسلم المبيع بمقداره أو وزنه أو مقاسه المبين له فى عقد البيع

مادة ٣٦٣ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٩١ أهلى — الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض اذا بيعت جملة وتعين مقدارها مع تعيين الثمن باعتبار آحادها ووجد مقدارها الحقيقى أقل من المقدر فى العقد فللمشترى الخيار بين فسخ البيع و بين ابقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً . واذا زاد الموجود عن المقدار المعين فالزيادة للبائع

مادة ٣٦٤ و ٣٦٥ مختلط — مطابقان لها

مادة ٢٩٢ أهلى — اذا كان المبيع من الأشياء التى تقاس أو تكال أو توزن ولا يمكن انقسامه بغير ضرر وكان قد تعين فى عقد البيع مقدار المبيع وثمنه باعتبار آحاده ففى حالة وجود نقص أو زيادة فى المقدار المعين يكون للمشترى الخيار بين فسخ البيع و بين أخذ الموجود بالكامل

شريعة اسلامية

مادة ٣٥٤ مرشد الحيران — اذا بيعت جملة من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات التى ليس فى تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة وتعين مقدارها مع بيان جملة ثمنها أو بيان ثمن كل كيل أو رطل أو فرد منها على حدته فان وجدت الكمية المبيعة تامة عند التسليم لزم البيع وان ظهرت ناقصة عن المقدار المعين فى العقد فللمشترى الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن وان ظهر انها زائدة على المعين فى العقد فالزيادة للبائع

مادة ٣٥٥ منه — اذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التى فى تبعيضها ضرر أو قطعة أرض وعين قدر وزنها أو ذرعها مع بيان جملة ثمنها فان وجدت حين وزنها أو ذرعها تامة لزم البيع وان ظهرت ناقصة عن المقدار الذى بين فللمشترى الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ القدر الموجود بجميع الثمن المسمى وان ظهرت زائدة عن القدر المعين فالزيادة للمشترى ولا خيار للبائع

مادة ٣٥٦ منه — اذا بيع مجموع من الموزونات أو المذروعات التى فى تبعيضها ضرر أو قطعة أرض مع بيان مقدار وزنه أو ذرعه وبيان ثمن مقدار كل رطل أو ذراع على حدته فان وجد المجموع وقت التسليم زائداً أو ناقصاً عن القدر المعين من الوزن والذرع فالمشترى مخير ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ ذلك المجموع بحساب الثمن الذى بينه لكل رطل أو ذراع

مادة ٣٥٧ منه — اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقدار ثمن ذلك المجموع فقط فان ظهر عند البيع تاماً لزم البيع وان ظهر ناقصاً أو زائداً كان البيع فى الصورتين فاسداً

مع دفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقي أما اذا كان الثمن تعين جملة فللمشترى الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه

٣٦١ مختلط — مطابقة لها مع حذف ما يأتي بعد كلمة آحاده « فني حالة وجود نقص أو زيادة في المقدار المعين »

مادة ٢٩٣ اهلى — لا يجوز للمشترى فسخ البيع فى الأحوال المذكورة فى المواد السابقة الاّ اذا كان الغلط زائداً عن نصف عشر الثمن المعين

٣٦٧ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٩٤ اهلى — اذا كان هناك وجه لفسخ البيع فعلى البائع رد الثمن الذى قبضه مع رسوم العقد والمصاريف التى صرفها المشترى بموافقة القانون

٣٦٨ مختلط — مطابقة لها

مادة ٢٩٥ اهلى — وضع المشترى يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه فى اختيار فسخ البيع الاّ اذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً

٣٦٩ مختلط — مطابقة مع اضافة « وبما

مادة ٣٥٨ منه — اذا بيع مجموع من العدديات المتفاوتة وبين مقداره مع بيان أثمان آحاده وأفراده فان ظهر عند التسليم تاماً لزم البيع وان ظهر ناقصاً كان المشترى مخيراً فى فسخ البيع أو فى أخذ ذلك القدر بحصته من الثمن المسمى وان ظهر زائداً كان البيع فاسداً

مادة ٣٥٩ منه — فى الصور التى يخير فيها المشترى من المواد السابقة اذا قبض المشترى المبيع وهو يعلم انه ناقص فلا خيار له فى الفسخ بعد القبض

قانون فرنساوى

مادة ١٦١٦ منه — يجب على البائع أن يسلم المبيع بمقداره المبين فى العقد وذلك بمراعاة القيود الآتية

مادة ١٦١٧ منه — اذا بيع العقار مع بيان مقاسه وقدر الثمن باعتبار آحاده وجب على البائع أن يسلم للمشترى المقدار المتفق عليه فى العقد اذا طلب ذلك

فان تعذر تسليم القدر المشروط أو لم يجبر المشترى بائعه على ذلك وجب على البائع أن ينقص من الثمن للمشترى بنسبة ما نقص من المقدار المطلوب

مادة ١٦١٨ منه — أما اذا وجد مساحة العقار المبيع بالكيفية المبينة فى المادة السابقة أزيد من القدر المبين فى العقد فان المشترى يكون مخيراً بين تكميل الثمن وبين طلب الاقالة من البيع اذا كانت الزيادة تتجاوز القدر المبيع بمقدار جزء من عشرين منه

مادة ١٦١٩

وفى الأحوال الأخرى : سواء كان المبيع عيناً معينة معلومة المقدار . أو عدة أملاك متميزة ومنفصلة

وسواء كان المبيع مسبوقاً ببيان مقاسه أو معيناً تعييناً معقباً بذكر المقاس

فان بيان المقاس لا يجعل للبائع حقاً فى زيادة

عليه من حق الرهن وغيره بين « بالغلط الواقع فيه » « ويسقط حقه »

مادة ٢٩٦ اهلي — حق المشترى فى فسخ البيع أو فى تنقيص الثمن وكذلك حق البائع فى طلب تكميل الثمن يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد

٣٧٠ مختلط — مطابقـة مع اضافة عند الاقتضاء بين « تكميل الثمن ويسقطان »

الثمن لزيادة المقاس ولا للمشترى حقاً فى تنقيص الثمن لنقص المقاس الا اذا كان الفرق فى الزيادة والنقص بين المقاس الحقيقى وبين المقاس المبين فى العقد يبلغ جزءاً من عشرين بالنسبة لقيمة مجموع الاشياء المبيعة وهذا ما لم يكن اشترط المتعاقدان خلاف ذلك

مادة ١٦٢٠ منه — فى حالة ما اذا زاد الثمن لزيادة المقاس طبقاً لما هو مقرر فى المادة السابقة يكون للمشترى الخيار فى طلب الاقالة من البيع أو دفع ما زاد عن الثمن مع فوائده اذا أبقى العقار المبيع

مادة ١٦٢١ منه — فى جميع الاحوال التى للمشترى فيها حق طلب الاقالة من المبيع يجب على البائع أن يرد له الثمن اذا كان قبضه ومصاريف العقد

مادة ١٦٢٢ منـه — يجب ان ترفع الدعوى بطلب تكميل الثمن أو تنقيصه او نقض البيع من المشترى فى خلال سنة من تاريخ العقد والا سقط الحق فى اقامتها

مادة ١٦٢٣ منه — اذا كان المبيع عينين بعقد واحد وثمن واحد مع بيان مقاس كل منهما فوجد نقص فى احداهما وزيادة فى الاخرى وجب طرح الزيادة من النقصان مقاصة فاذا وجدت زيادة أو نقص بعد المقاصة فلا تكون المطالبة بتكميل الثمن أو تنقيصه الا بحسب الاصول المقررة فى المواد السابقة

وجوب تسليم المبيع بقدره أو وزنه

١٣٤٥ — قضت المادة ٢٩٠ أهلي (٣٦٣ مختلط) أن يسلم البائع المبيع بمقداره أو وزنه أو مقاسه المبين فى العقد

ولكن قد يتفق أن يشاهد عند تسليم المبيع نقص أو زيادة فى المقادير المتفق عليها فما هو حكم ذلك وما هو تأثير هذه الأحوال على المبيع وعلى الثمن ؟

نلاحظ أولاً أنه يحصل أن يكون المقدار المطلوب غير معتبر على وجه خاص فى البيع ولو أنه معين فى العقد وزناً أو كيلاً أو مقاساً . فإن كان المقدار محل اعتبار

خاص فقد قرر القانون الأحكام الواجب مراعاتها فى هذه الأحوال. وقبل بيانها نلاحظ أيضاً أن محل تطبيقها لا يكون إلاَّ عند سكوت المتعاقدين. أما اذا اتفقا على أمر. أو شرطا شرطاً عمل به لأن الاتفاق قانونهما . فلهما أن يتفقا على تعديل أحكام القانون فى هذا الشأن كلها أو بعضها. وعدم المطالبة بفرق المقادير أو المساحة زيادة وعجزاً . أو التنازل عن حقهما فى فسخ البيع حتى ولو كان القانون يبيح ذلك بأن كان الغلط يتجاوز جزءاً من عشرين من الثمن المعين

١٣٤٦ — فاذا لم يكن شيء من ذلك رجع لحكم القانون . ومما يلاحظ أن كلامه قاصر على الأشياء التى تباع مع بيان مقاديرها ومقاساتها ثم يظهر وجود نقص أو زيادة فى المقدار الحقيقى عن المقدار المبين فى العقد

أما الأشياء التى تباع جملة بغير بيان لمقاديرها من مقاس او وزن أو كيل فلا دخل لها لأنه واجب على البائع تسليمها بحسب حالتها كبيع عقارات مع ذكر حدودها فقط فانه ينبغى على البائع أن يسلم للمشترى كل ما يدخل فى الحدود المذكورة ولو زاد مقدارها عما قدره البائع أو نقص عما قدره المشترى — دوهلس فقرة ١٧٢ ج ٤ بيع

١٣٤٧— والأصل فى الأشياء التى تباع «ببيان مقدارها» أنه يجب على البائع أن يسلم ما باعه بقدره أو وزنه أو مقاسه المتفق عليه فاذا لم يقم بذلك عملاً بالمبادئ العامة المقررة للوفاء بالتعهدات كان للمشترى الحق قانوناً أن يجبره على ذلك أو يطلب الفسخ مع التضمينات — مادة ٢٩٠ أهلى (٣٦٣ مختلط) ومادة ١١٧ أهلى

ولكن القانون أجاز فى بعض الأحوال للمشترى أن يبقى البيع وأن يدفع الثمن بأكمله او مع انقاصه او زيادته وفرق فى هذه الأحوال بين الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض (الأشياء المثلية) وبين الأشياء التى لا تنقسم بغير ضرر مثلية كانت او قيمية — دوهلس فقرة ١٧٤

وحيث جارى القانون فى هذا الموضع احكام الشريعة الإسلامية فلا مندوحة من الاستئناس بقول فقهائها لمعرفة علل واسباب ما قرره من المبادئ

المراد بالأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض

١٣٤٨ — ان تعبير القانون « بالأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض » يراد به الأشياء المثلية التى لا تتفاوت أفرادها تفاوتاً يعتد به ويوجد لها مثيل فى المتجر فتستبدل بعضها ببعض بلا ضرر لأنها تستوى فى القيمة متى أستوت فى القدر والصنف — « دوهلس فقرة ١٧٥ بيع ج ٤ »

حكمها عند تقدير الثمن جملة

١٣٤٩ — فاذا بيعت هذه الأشياء جزافاً وقدر ثمنها جملة (جميع القطن الموجود فى مخزن معين بمبلغ ألف جنيه) كان البيع نهائياً أياً كان المقدار الموجود . زاد أو نقص عما قدر المشترى له . ويبرأ البائع من تعهده بتسليم ما يوجد فى المخزن — دوهلس فقرة ١٧٦ بيع ج ٤

حكمها عند تقديره بالآحاد

١٣٥٠ — وليس الحال كذلك اذا تعين مقدارها وتقدر الثمن باعتبار آحادها

ا — فان زاد الموجود حقيقة عن المقدار المعين فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين فما زاد عنه يبقى على ملك البائع اذ البيع لا يتناول غير القدر المسمى(١)

« مستفاد من الزيلعى ص ٦ ج ٤ فتح القدير ج ٥ ص ٩١ »

ب — وان نقص فللمشترى الخيار فى ابقاء البيع أو فسخه :

١ — فاذا أبقاه يأخذ القدر الموجود مع تنقيص ثمنه تنقيصاً نسبياً أى يدفع ثمنه بحسب السعر المتفق عليه باعتبار أفراده وذلك لأن تقدير الثمن باعتبار الآحاد يفيد أن قصد المتعاقدين دفع الثمن بنسبة ما يسلم من المبيع

ويعلل الفقهاء ذلك بأن القصد يتعلق بالقدر المبيع والثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلى مكيلاً أو موزوناً . مثال ذلك بيع ١٠٠ قنطار بسعر ١٥ ريالاً لم يسلم البائع منها غير ٩٠ قنطاراً فان الثمن ينقص باعتبار ١٠ قناطير مضروبة فى ١٥ ريالاً

٢ — أما اذا طلب فسخ البيع فالفسخ لا يجوز الاّ اذا كان مقدار النقص زائداً على جزء من عشرين من الثمن المعين (أى خمسة فى المائة منه) وذلك لتفرق

---

(١) الا اذا كان وصفاً بأن كان المبيع من درجة مخصوصة فسلم درجة أرق منها والفقهاء يفرقون بين القدر والوصف لأن الوصف فى البيع لا يقابله شىء من الثمن (غير ان العرف التجارى جرى الآن على أن يزاد الثمن لجودة الصنف) أما المقدار فلا يأخذه المشترى الا بحصته — فتح القدير ص ٩١ ج ٥

الصفقة الواحدة على المشترى قبل تمام الرضاء لأن العقد ورد على جملة معلومة فاذا نقصت يلزم تفرق الصفقة لا محالة فلم يتم رضاه — زيلعى ج ٤ ص ٦ وفتح القدير ج ٥ ص ٩١

ففى المثال السابق يكون الثمن بأكمله ١٥٠٠ ريالاً وقيمة العجز ١٥٠ ريالاً فطلب الفسخ فى محله

أما اذا كان العجز لا يتجاوز ثلاثة قناطير مثلاً فلا محل للفسخ لأن قيمتها ٤٥ ريالاً وهى أقل من نصف عشر الثمن المعين أى أقل من ٥ ٪ منه

١٣٥١ — ويلاحظ أن الفسخ لا يجوز الا بهذا القيد أما نقص الثمن فيحصل بنسبة أى عجز يشاهد وان قل — مادة ٢٩٣ أهلى وبلانيول فقرة ١٤٠٨ ج٢ ودوهلس فقرة ١٧٨

في الأشياء التى لايمكن قسمتها بغير ضرر

١٣٥٢ — يقصد بالأشياء التى لا يمكن انقسامها بغير ضرر الأشياء التى تتلف بالقسمة والأشياء التى لو سلم بعضها لنشأ عن تسليمها بالصفة المذكورة ضرر للبائع أو للمشترى بالنظر للغرض المقصود من الشراء والاستعمال المعد له الشىء . فالفدان من الأرض قابل للانقسام ولكن لو كان معداً لاقامة معمل عليه ولم يمكن تسليمه بأكمله كانت تجزئته مضرة بالمشترى . وقطعة القماش المعدة لصنع ثوب خاص اذا قسمت تتلف تلفاً يضر البائع لأنه لا يبيع المتر منها بمثل الثمن الأول وهكذا

حكمها عند تعيين الثمن بالآحاد

وفى هذه الحالة إما أن يكون قد تعين فى عقد البيع مقدار المبيع وثمنه باعتبار آحاده أو تعين ثمنه جملة

ا — فان كان الثمن تعين باعتبار آحاده ففى حالة وجود نقص أو زيادة فى المقدار المعين وزناً أو مقاساً أو كيلاً يكون للمشترى الخيار بين :

١ — ابقاء البيع وأخذ القدر الموجود بالكامل ودفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقي بحسب الثمن المتفق عليه أياً كان النقص أو الزيادة لأن تعيين الثمن بحسب الآحاد يفيد ان قصد المتعاقدين دفع الثمن بنسبة القدر المسلم . والفقهاء يقولون انه فى هذه الحالة يجعل الذراع «فيما يقاس بالذراع» أصلاً لأنه عين ينتفع به بانفراده . فان كان ناقصاً

أخذه بحصته أو تركه لتفرق الصفقة عليه . وإن كان زائداً أخذه كله بثمنه أو تركه لأنه ان حصل له الزيادة فى البيع فتلزمه الزيادة فى الثمن . وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لأن التبعيض يضر البائع وهذا بخلاف الأشياء المثلية فان قيمتها لا تنقص بنقصان القدر . فان صبرة القمح التى تكون مائة أردب اذا صارت الى عشرين فثمن الأردب لا ينقص ولكن الثوب الذى يصنع قباً أو فرجية وعادته عشرة أذرع اذا جزئ وبيع كل ذراع بمفرده فلا يساوى ما كان يساويه لو بيع بأكمله لأنه لا يفيد الغرض الذى يصنع بالثوب الكامل وقس على هذا

٢ — أو فسخ البيع بشرط أن تتجاوز الزيادة أو النقص جزءًا من عشرين من الثمن المعين . فان كانت أقل فالفسخ غير جائز ولكن الثمن يعدل زيادة أو نقصاً بحسب الأحوال

ب — أما اذا كان الثمن تعين جملة فللمشترى الخيار بين : ١ — الفسخ اذا كان الغلط (الزيادة أو النقص) تجاوز $\frac{1}{20}$ من الثمن المعين . ٢ — أو أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه جملة — مادة ٢٩٢ أهلى

ووجه الخلاف بين هذه الحالة وسابقتها انه لا يجوز هنا تعديل الثمن . ويعلل الفقهاء هذا الرأى بأن المقاس هنا وصف والوصف لا يقابله شىء من الثمن فكان كل الثمن مقابلاً بالعين كلها . فان وجده ناقصاً يثبت له خيار الفسخ لفوات وصف مرغوب فيه مشروط فى العقد . وان وجده زائداً فهو له بذلك الثمن لأن الوصف لا يقابله شىء من الثمن — زيلعى ص ٦ ج ٤ وفتح القدير ص ٩١ ج ٥

١٣٥٣ — وقد حكم بأنه اذا اشتمل عقد بيع العقار على تعيين الثمن جملة بغير اعتبار آحاد المبيع فلا يسوغ للبائع فيما بعد أن يطلب استرداد جزء من العقار المبيع مرتكناً على ان المساحة الحقيقية تزيد عن المساحة المبينة فى عقد البيع أحكام

ملحوظة — ويظهر ان الحكم يكون بنفس هذه الطريقة اذا كان الثمن قد تعين

باعتبار آحاد الشيء المبيع — فاقوس الجزئية ١٦ سبتمبر سنة ١٩٠٧ عدد ٩٣ ص ٢١٤ مجموعة رسمية سنة ٩

١٣٥٤ — اذا بيع عقاران بمقاس واحد وثمن واحد ووجد فى مقاس أحدهما عجز فهذا لا يعطى للمشترى الحق فى فسخ البيع طبقاً للمادتين ٢٩٢ و٢٩٣ مدنى الاّ اذا كانت قيمة ذلك الجزء زائدة على نصف عشر الثمن الذى تقرر للعقارين معاً « الاستئناف ١٧ يناير سنة ١٩١٠ عدد ٦٢ ص ١٧٧ مجموعة رسمية سنة ١١ »

١٣٥٥ — وفى البيع بالفدادين يحتسب الفدان باعتبار ٣٣٣ ١/٣ فذلك هو المقاس الذى حدده الأمر العالى الصادر فى ١٥ ذى الحجة سنة ١٢٧٧ — مختلط ٢٠ مارس سنة ١٨٩٦ س ٨ ص ١٦٩ وفقرة ٤٦٩٥ مجموعة اولى

١٣٥٦ — من اشترى مقداراً من الأطيان ووضع يده عليهـا وحصل الايجار من مستأجر من البائع بنسبة القدر المبيع لا يجوز له أن يطلب بعد ذلك تنقيص الثمن بدعوى وجود نقص فى القدر المبيع — ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ س ٦ ص ٧١ وفقرة ٤٧ مجموعة اولى

١٣٥٧ — وفى جميع الأحوال التى يختار المشترى فيها الفسخ يجب على البائع أن يرد له الثمن الذى قبضه ورسوم عقد البيع والمصاريف التى صرفها المشترى بموافقة القانون — مادة ٢٩٤ أهلى (٣٦٨ مختلط)

ما يجب رده عند الفسخ

ويلاحظ ان عبارة المصاريف التى صرفها المشترى بموافقة القانون غير واردة فى مادة ١٦٢١ من القانون الفرنساوى والمقصود بها المصاريف الحقيقية وهى تشمل طبعاً مصاريف السمسرة ان كانت دفعت

١٣٥٨ — وهل للمشترى حق الحبس عن الثمن والمصاريف الواجب ردها له ضماناً لحقوقه ؟

حق الحبس عما يجب رده

لأول نظرة يرى الانسان أن حق الحبس خول للبائع لعدم دفع الثمن لا للمشترى لعدم استرداد الثمن ولكن الواقع أننا بازاء تعهدين متلازمين ويجب وفاؤهما معاً وفى وقت واحد فللبائع أن يحبس المبيع حتى يدفع له الثمن وللمشترى أن يحجز الثمن حتى

يسلم اليه المبيع والقول بغير ذلك يجعل أحد المتعاقدين تحت رحمة زميله فان البائع وقتئذ يسترد المبيع ويماطل المشترى فى الثمن ان لم يأ كله — دوهلس فقرة ١٨٣ بيع ج ٤

الفسخ فى أحوال أخرى

١٣٥٩ — فى الأحوال التى لا يجوز أن يطلب فيها الفسخ الا اذا كان التلف زائداً على ١/٢٠ يلاحظ أنه لو كان الغلط يقل عن ذلك ولكنه يجعل الشىء غير صالح لما أعد له من الاستعمال فالفسخ يتعين. وكذلك لو كانت الزيادة لا تتجاوز ١/٢٠ ولكن المشترى لا يستطيع دفع ما يقابلها من الثمن فالفسخ متعين أيضاً — دوهلس فقرة ١٨٤ بيع ج ٤

ويجب أن يلاحظ أن البائع يجب عليه فى الأصل أن يسلم المبيع بعينه والا جاز للمشترى طلب الفسخ وأما الاستثناءات لهذه القاعدة فلا تتجاوز الأحوال الآنف شرحها

المدة المسقطة لحق الفسخ

١٣٦٠ — ودعوى فسخ البيع لنقص مقداره أو لزيادته فى الأحوال الجائز فيها ذلك يجب أن ترفع فى ظرف سنة من تاريخ عقد البيع والا سقط الحق فى رفعها حتى لا يبقى عقد البيع زمناً طويلاً مزعزع الأركان غير وطيد وغير لازم — جرانمولان فقرة ١٧٤

وكذلك دعوى طلب تكميل الثمن التى يرفعها البائع فى حالة ما اذا وجد المبيع زائداً عن القدر المعين ودعوى تنقيص الثمن أو فسخه التى يرفعها المشترى لاستلامه مقداراً أقل من القدر المعين يجب ان ترفع فى ظرف السنة — ٢٩٦ أهلى (٣٧٠ مختلط)

ولكن المادة ٢٩٦ لا تنطبق على الدعوى المبنية على تعهد خاص حصل بعد عقد البيع الأصلى وتعهد فيه المشترى بدفع ثمن الزيادة التى تظهر فى مساحة الأطيان المبيعة « استئناف ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ عدد ٩٧ س ١٥)

وجوب التمسك من الخصم

١٣٦١ — وليس للقاضى أن يحكم بسقوط الحق من تلقاء نفسه اذا رفعت الدعوى بعد مضى السنة المقررة قانوناً بل يجب ان يتمسك به صاحب الشأن من الخصوم فان لكل شخص أهل للتصرف أن يتنازل عن حق كسبه بمضى المدة كما قضى بذلك مادة ٨٠ من القانون المدنى التى تنطبق حتى على حالة السقوط المبينة بالمادة ٢٩٦ لأنه ليس فى الحقيقة من سبب يدعو الى استثنائها منه — راجع تعليقات داللوز مادة ١٦٢٢ نمرة ٢٥ — مذكرة لجنة المراقبة الخصوصية فى ١٥ فبراير سنة ١٩١٠ نمرة ٧

١٣٦٢ — اتفاق الخصوم على ميعاد للمطالبة بقيمة العجز فى المبيع أو الزيادة فيه لا يمكن أن يترتب عليه تغيير فى المدة المقررة لسقوط هذا الحق فى المادة ٢٩٦ من القانون المدنى وانما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة المقررة فى المادة المذكورة الاَّ من تاريخ الميعاد المتفق عليه لأن الأحكام المتعلقة بسقوط الحق من حيث المدة المقررة له مما يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها — محكمة الاستئناف ٢٤ ابريل سنة ١٩٠٠ مجموعة نمرة ٣٢ سنة اولى

١٣٦٣ — ومدة السقوط هذه لا تشبه الحقوق التى تسقط بالتقادم ولذلك تسرى حتى على عديمى الأهلية فلا تقطع بما يقطع سريان المدة اللازمة للتقادم ونص المادة ١١٢٢ فرنساوى أظهر فى هذا المعنى

مسقطات حق المشترى

١٣٦٤ — ويسقط حق المشترى فى الفسخ بناء على نقص أو زيادة فى القدر المعين بما يأتي :

١ — اذا كان المشترى قد استلم المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه ولم يحفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً — مادة ٢٩٤ اهلى ٣٦٩ مختلط

٢ — أو تصرف فى المبيع ببيعه أو رهنه فان ذلك يعد رضاء بالبيع — مادة ٢٩٥ جرانمولان فقرة ٧٤

ولكن هذا السقوط لا يحصل فى حالة رفع دعوى بطلب تنقيص الثمن الذى يكون دفعه المشترى فى الأحوال الجائز فيها رفعها

١٣٦٥ — وهذه القواعد تسرى على السواء فى البيوع الجبرية والبيوع الاختيارية ويجوز الاشتراط على خلافها او تعديلها بحسب ما يتفق عليه المتعاقدان . فلهما ان يخرجا كل ضمان للمقدار . وان يشترطا حصول الفسخ فى احوال غير المنصوص عليها قانوناً . ولكن لا يجوز لهم اطالة المدة التى يجوز رفع دعوى الفسخ فيها كما تقدم « دوهلس فقرة ٧٩ واوبرى ورو ص ٣٦٨ »

شرط عدم ضمان المقدار

١٣٦٦ — وشرط عدم ضمان المساحة[1] فى بيع المقدرات اى فى البيع الحاصل

---

(١) *Clause de non garantie de contenance.*

ببيان مقدار معين وثمن مقدر بحسب الآحاد لا يمنع تنقيص الثمن بنسبة النقص فى المقدار وانما يمنع المشترى بحسب الظروف من خيار الفسخ اذا كانت الزيادة تتجاوز جزءًا من عشرين . وللمحاكم تفسيراً لقصد المتعاقدين ان تحكم بهذا الاعتبار اذا كان مذكوراً فى العقد بعد المقاس كلمة « تقريباً »[١]

اما اذا ورد الشرط المذكور فى بيع عين معلومة فيعتبر ان المقصود به ان كل فرق فى المساحة لا يعطى الحق فى طلب زيادة او نقص الثمن بعكس ما اذا اضيفت كلمة « تقريباً » على المساحة وكل ذلك ما لم يدل قصد المتعاقدين على خلافه — « اوبرى ورو ص ٣٦٧ »

احكام

١٣٦٧ — ان البيع الذى يذكر فيه مقدار الفدادين والثمن باعتبار الفدان يعد بيعاً باعتبار الآحاد وليس بيعاً بالجملة . وجملة الثمن المذكور فى العقد تكون عبارة عن حاصل ضرب الثمن فى مقدار الأطيان

وكلمة تقريباً التى تضاف فى مثل هذه الحالة بعد بيان مقدار الأطيان تجيز التسامح فى عجز بعض قراريط او على الاكثر فداناً لا عدة فدادين — مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ فقرة ٤٤٣٢ مجموعة ثانية

١٣٦٨ — اذا بيعت كمية غير مقدرة من محصول كبيع ١٥٠ قنطاراً من القطن او اكثر او اقل فيراعى عند تقدير التعويض لعدم التسليم ان يقدر القاضى حداً أدنى للكمية المقتضى تسليمها وذلك بمراعاة مصلحة البائع — ١٩ ديسمبر سنه ١٩٠١ فقرة ٤٤٤٢ و ٥ ابريل سنة ١٩٠٥ فقرة ٤٤٤٣ مجموعة ثانية

١٣٦٩ — وقد حكمت محكمة الاستئناف الأهلية بأنه اذا أقر المشترى صراحة فى عقد البيع انهُ عاين العين المبيعة معاينة نافية للجهالة فلا يحق له طلب ابطال البيع بدعوى العجز الاَّ اذا اثبت تدليس البائع عليه — استئناف اهلى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩١٣ عدد ٣٣٦ مجموعة رسمية س ١٥

وهو مبدأ غير صحيح ففرق بين العلم بالمبيع لمعرفة اوصافه والمبينة احكامه فى

---

(١) *La formule ou environ.*

المادة ٢٤٩ اهلى وما بعدها وبين احكام وجود عجز المبيع

فالأمر الأول مأخوذة احكامه عن احكام خيار الرؤية كما سبق فأبناه فى موضعه . وللمشترى ان يفسخ البيع ولو كان تام المقدار المعين فى العقد كما يسقط حقه بجميع المسقطات المبينة فى القانون ومنها مجرد وصف المبيع فى العقد بحيث يمكنه معاينته وتحقيق حالته ولو لم يحصل ذلك فعلاً (مادة ٢٥٢ اهلى)

اما الثانى فلا يعلم عجزه او زيادته الاَّ عند التسليم فيقاس او يوزن او يكال على حسب الأحوال

وترى الفرق واضحاً فى حالة بيع اشياء معينة بنوعها كقمح وقطن فقد يسقط بطلانها بدعوى عدم العلم بذكر البيانات والأوصاف اللازمة فى العقد ومع ذلك فالفسخ جائز اذا تبين عند التسليم أن الغلط يتجاوز جزءاً من عشرين عملاً بأحكام القانون — مادة ٢٩١ و ٢٩٣ اهلى

الفصل التاسع

القسم الثانى — فى ضمان المبيع

قوانين مصرية

مادة ٣٠٠ اهلى — من باع شيئاً يكون ضامناً للمشترى الانتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عينى على المبيع وقت البيع — وكذلك يكون البائع ضامناً اذا كان الحق العينى للآخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب

شريعة اسلامية

مادة ٣٩٧ مرشد الحيران — البائع ضامن المبيع بثمنه عند استحقاقه للغير ولو لم يشترط الضمان فى العقد

مادة ٣٩٨ منه — لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع لثمن المبيع عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط

مادة ٣٩٩ منه — يصح ضمان الثمن للمشترى مطلقاً بظهور الاستحقاق

مادة ٤٠٠ منه — علم المشترى يكون المبيع

هذا الضمان لا يحتاج الى شرط مخصص به فى العقد

مادة ٣٧٤ مختلط — من باع شيئاً «على انه ملك له» يكون ضامناً للمشترى الانتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عينى على المبيع وقت البيع. «اما اذا كان المبيع مما تنتقل ملكيته بالتسليم فالبائع ضامن لتسليمه». وكذلك يكون البائع ضامناً إذا كان الحق العينى للآخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد ووجوب هذا الضمان لا يحتاج الى شرط مخصوص به فى العقد .

مادة ٣٠١ أهلى — يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه للمبيع انما اذا كان هذا الاشتراط حاصلاً بألفاظ عامة وصار نزع الملكية من المشترى فلا يلزم البائع الاّ برد الثمن دون التضمينات

مادة ٣٧٥ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٠٢ أهلى — لا تبطل ملزومية البائع المشترط عدم الضمان برد الثمن الاّ اذا ثبت علم المشترى فى وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان ليس ملكا للبائع لا يمنع من رجوعه بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع

مادة ٤٠١ منه — انما يرجع المشترى على البائع بالثمن اذا ورد الاستحقاق على ملك البائع الكائن من الأصل. فان ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع بعد الشراء فى ملك المشترى كما لو أثبت المستحق انه يملكه بتاريخ متأخر عن الشراء أو بعد ما صار الى حال لو كان غصباً لملكه الغاصب به فلا حق له فى الرجوع بالثمن على البائع ما لم يثبت انه كان له قبل هذه الصفة

مادة ٤٠٢ منه — لا يرجع المشترى بالثمن على البائع الا اذا ثبت استحقاق المبيع عليه بالبينة فان ثبت الاستحقاق باقرار المشترى او وكيله او بنكول المشترى او وكيله فلا يكون له حق فى الرجوع على البائع

مادة ٤٠٣ منه — الحكم بالملك للمستحق حكم على ذى اليد وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه ولو كان مورثه فيتمدى الى بقية الورثة فلا تسمع دعوى الملك من احد منهم

ومتى استحق المبيع من يد المشترى الاخير وقضى به للمستحق جاز لكل واحد من الباعة ان يرجع على صاحبه بعد رجوع المشترى عليه ولو كان اداؤه الثمن له بلا الزام القاضى اياه

مادة ٤٠٤ منه — اذا احال البائع بالثمن على المشترى فدفعه الى المحال ثم استحق المبيع بالبينة يرجع المشترى بالثمن على البائع لا على المحتال

وان كان قد اشتراه من وكيل البائع ودفع له الثمن فانه يرجع على الوكيل لا على الأصيل وان كان دفعه للاصيل يؤمر الوكيل بأخذه منه ودفعه للمشترى

مادة ٤٠٥ منه — اذا استحق المبيع على المشترى بالبينة فله استرداد الثمن بتمامه من البائع ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان

مادة ٤٠٦ منه — اذا زادت قيمة المبيع عن ثمنه الذى اشتراه به المشترى فليس له حق فى طلب شىء من البائع زائداً عن الثمن الذى أداه أياه

على البائع فى جميع الأحوال

مادة ٣٧٦ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٠٣ أهلى — شرط عدم الضمان باطل اذا كان حق المدعى استحقاق المبيع ناشئاً عن فعل البائع

مادة ٣٧٧ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٠٤ أهلى — اذا كان الضمان واجباً ونزعت الملكية من المشترى فعلى البائع رد الثمن مع التضمينات

مادة ٣٧٨ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٠٥ أهلى — التضمينات المذكورة عبارة عن رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف وما صرفه المشترى على المبيع والرسوم المنصرفة منه فى دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان وجميع الخسارات الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً التى حرم منها بسبب نزع الملكية منه

مادة ٣٧٩ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٠٦ أهلى — اذا نزعت ملكية المبيع من المشترى وجب رد الثمن اليه بتمامه ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان.

مادة ٣٨٠ مختلط — مطابقة لها

قانون فرنساوى

مادة ١٦٢٥ منه — ضمان البائع للمبيع يتناول أمرين :

الأول — ضمان حيازة المبيع حيازة هادئة

الثانى — ضمان العيوب الخفية

مادة ١٦٢٦ منه — البائع ضامن قانوناً للمشترى المبيع اذا استحق كله أو بعضه ولو لم يشترط الضمان فى العقد صراحة وكذلك يضمن للمشترى الحقوق المدعى بها على العين ولم يكن بينها البائع وقت البيع

مادة ١٦٢٧ منه — يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا أو ينقصا من أحكام هذا الضمان القانونى كما لهما ان يشترطا عدم الضمان مطلقاً

مادة ١٦٢٨ منه — لا يزال البائع ضامناً للمبيع ولو اشترط عدم الضمان المطلق اذا كان الضمان ناشئاً عن فعل البائع بنفسه . وكل اتفاق مخالف لذلك يكون باطلاً

مادة ١٦٢٩ منه — كذلك يكون البائع ملزماً برد الثمن فى حالة اشتراط عدم الضمان اذا استحق المبيع ما لم يكن المشترى عالماً وقت البيع بخطر الاستحقاق أو اشترى المبيع ساقط الخيار

مادة ١٦٣٠ منه — اذا اشترط الضمان أو لم يشترط واستحق المبيع فللمشترى أن يطلب من البائع :

١ — رد الثمن

٢ — ردغلة المبيع له اذا كان قد ألزم به بدفعها للمالك المستحق

٣ — المصاريف التى صرفها المشترى فى دعوى الضمان والمصاريف التى صرفها مدعى الاستحقاق

٤ — التضمينات ومصاريف ورسوم العقد

مادة ١٦٣١ منه — اذا نقصت قيمة المبيع أو تلف تلفاً جسيماً عند الاستحقاق

مادة ٣٠٧ أهلى — أما اذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه فتحتسب تلك الزيادة من ضمن التضمينات

مادة ٣٨١ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٠٨ أهلى — المصاريف الواجب على البائع دفعها فى حالة عدم ملزومية مدعى الاستحقاق بها هى المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع

مادة ٣٨٢ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٠٩ أهلى — يلزم البائع المدلس بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفة من المشترى فى تزيين المبيع وزخرفته

مادة ٣٨٣ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣١٠ أهلى — نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكيته كله وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الاعلام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع يعتبر كنزع الملكية بتمامها هذا اذا كان الجزء المنتزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو علمها المشترى لامتنع عن الشراء

مادة ٣٨٤ مختلط — مطابقة لها

سواء أكان ذلك باهمال المشترى أو بحادثة قهرية فالبائع ملزم برد الثمن بأكمله

مادة ١٦٣٢ منه — ولكن اذا كان المشترى ناله فائدة من التلف الذى أجراه فللبائع الحق فى خصم جزء من الثمن يعادل تلك الفائدة

مادة ١٦٣٣ منه — اذا زادت قيمة المبيع عند الاستحقاق ولو لم تكن الزيادة بفعل المشترى وجب على البائع أن يدفع له القيمة الزائدة عن الثمن

مادة ١٦٣٤ منه — يجب على البائع أن يدفع للمشترى قيمة التصليحات والتحسينات النافعة التى يكون أجراها المشترى بالعين المبيعة أو يسعى فى الزام المالك المنتزع للعين بدفعها

مادة ١٦٣٥ منه — اذا كان البائع قد باع ملك غيره بسوء قصد ألزم بدفع جميع المصاريف للمشترى ولو كانت منصرفة فى تزيين المبيع وزخرفته

مادة ١٦٣٦ منه — اذا لم ينزع غير جزء من المبيع ولكنه كان بدرجة تمنع المشترى من الشراء بغير الجزء المنتزع بنسبة المبيع كله فللمشترى فسخ البيع

مادة ١٦٣٧ منه — اذا لم يفسخ البيع فى حالة انتزاع جزء منه فتدفع قيمة الجزء المنتزع للمشترى بحسب قيمته عند الاستحقاق وليس بنسبة ثمن المبيع كله وذلك سواء كان المبيع قد زاد فى القيمة أو نقص

مادة ١٦٣٨ منه — اذا تبين أن المبيع عليه حقوق ارتفاق غير ظاهرة ولم يحصل الاعلام بها وكانت حالته يظن معها ان المشترى يمتنع عن الشراء لو كان علم بها فللمشترى أن يطلب فسخ العقد اذا لم يفضل الاكتفاء بتعويض

مادة ١٦٣٩ منه — جميع المسائل الاخرى المتعلقة بالتعويض المستحق للمشترى بسبب عدم الوفاء بالبيع يقضى فيها بموجب الأحكام المقررة فى كتاب (العقود والتزامات الاتفاقية)

مادة ٣١١ أهلى – ومع ذلك للمشترى فى هذه الحالة الحق فى ابقاء المبيع أو فسخه لكن ليس له أن يفسخه اضراراً بحقوق الدائنين برهن

مادة ٣٨٤ مختلط – مطابقة لها بعد حذف « ومع ذلك » فى أول المادة

مادة ٣١٢ أهلى – اذا أبقى المشترى البيع أو كان الجزء المنتزعة ملكيته منه أو حق الارتفاق على المبيع ليس بحالة تجوز فسخ العقد جاز للمشترى أن يطلب من البائع قيمة ذلك الجزء الذى انتزعت ملكيته منه بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع فى وقت النزع أو تضمينات تقدرها المحكمة فى حالة ثبوت حق الارتفاق

مادة ٣٨٦ مختلط – مطابقة لها

مادة ١٦٤٠ منه — ضمان الاستحقاق يسقط فى حق المشترى اذا كان حكم عليه حكماً نهائياً أو غير جائز استئنافه بغير أن يدخل البائع فى الدعوى وذلك اذا برهن البائع على أنه كان لديه أدلة كافية لرد دعوى المدعى

عموميات

احكام ضمان المبيع

١٣٧٠ – فرغنا من الكلام فيما تقدم على التعهد الأول للبائع وهو التسليم فننتقل لبيان الأحكام المترتبة على التعهد الثانى وهو ضمان المبيع

لما كان البيع ناقلاً للملك كان مجرد تسليم المبيع للمشترى تسليماً مادياً لا يكفى لنفاذ حكم البيع بل يجب على البائع أن يضمن له حيازة المبيع حيازة هادئة ويدفع عنه تعرض الغير فى الحال والاستقبال فهو انما اشترى ليتمتع وينتفع بما ملك

فاذا لم يتيسر للبائع ضمان الحيازة الهادئة للمشترى . ووقايته من تعرض الغير .

ودرء منازعة ذلك الغير له فى الملكية ليتمتع بمشريه التمتع التام . حق عليه التعويض

من ذلك يرى أن درجات المساس بحيازة المبيع تختلف باختلاف الأحوال :

١ — فقد يستحق المبيع كله أو بعضه

٢ — أو يتعرض الغير للمشترى فى التمتع به بدعوى أن له حقوقاً عينية على المبيع فمثل هذا الادعاء يكون منقصاً أو مقيداً للانتفاع كحقوق الارتفاق

٣ — أو يوجد بالمبيع عيوب خفية تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له

انواعه

١٣٧١ — ولما كانت هذه الطوارئ قد تذهب بالحيازة كالاستحقاق . أو تنقص التمتع بها كتعرض الغير . أو تعدم الفائدة المرجوة منها كالعيوب الخفية . أوجب القانون على البائع وقاية المشترى منها وجعل ضمانها على نوعين :

الأول — ضمان الاستحقاق والتعرض

الثانى — ضمان العيوب الخفية

الفرع الأول — ضمان التعرض والاستحقاق

ضمان الحيازة الهادئة

١٣٧٢ — أول نوع من أنواع الضمان هو ضمان الحيازة الهادئة للمشترى حتى يتمتع بالمبيع تمتعاً خالياً من تعرض الغير وغير مهدد باستحقاقه كله أو بعضه. لذلك قرر القانون أن من باع شيئاً يكون ضامناً للمشترى الانتفاع به بدون معارضة من شخص آخر له حق عينى على المبيع وقت البيع أو له حق عينى بعد البيع ولكنه ناشئ من فعل البائع — مادة ٣٠٠ أهلى و ٣٧٤ مختلط

١٣٧٣ — ويلاحظ وجود فرق فى النص بين القانون الأهلى (مادة ٣٠٠) والقانون المختلط (مادة ٣٧٤) ينحصر فى أن القانون المختلط زاد عبارة « على أنه ملك له » بعد قوله من باع شيئاً كما زاد عبارة « أما اذا كان المبيع مما تنتقل ملكيته بالتسليم فالبائع ضامن لتسليمه »

وهى زيادات لا فائدة منها وأنصف القانون الأهلى فى حذفها لأن الضمان لا يجب

الاَّ فى البيع الصحيح النافذ . أما اذا باع البائع شيئاً على أنه « غير مملوك له » فانه يكون ملزماً بالالتزامات المترتبة على بيع ملك الغير لا بالتزام ضمان المبيع الذى يتعارض مع الاعتراف بأن المبيع ملك الغير أى ان للغير طلبه من كل ذى يد عليه « انظر بيع ملك الغير فيما تقدم فقرة ٥٠٩ وما بعدها ودوهلس بيع ج ٤ فقرة ٢١١ »

كذلك الأشياء المعينة بنوعها لا تضمن الاَّ عند تسليمها لأن ملكيتها لا تنتقل للمشترى الاَّ بالتسليم المذكور — انظر مادة ٢٦٨ أهلى

وجوبه بحكم القانون

١٣٧٤ — والبيع يستلزم « بطبيعته » الحيازة الهادئة. لهذا كان ضمان البائع للتعرض أو الاستحقاق ضماناً واجباً « بحكم القانون ». فلا يحتاج الحال لوجوبه على البائع وتمسك المشترى به الى شرط مخصوص فى العقد حيث حل القانون محل ارادة المتعاقدين « راجع مادة ٣٠٠ أهلى »

وقد حكم بأن الضمان واجب على البائع بمقتضى القانون ولو لم يحصل منه تدليس أو تقصير — مختلط ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ فقرة ٤٧١٢ مجموعة أولى

التعديل فيه

١٣٧٥ — غير ان هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام ولا هو من جوهر البيع فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلافه واشتراط عدم الضمان وتلطيف أحكامه القانونية أو تشديدها ولذلك كان الضمان على نوعين :

١ — ضمان ناشئ عن القانون وغير مقترن بشرط مخصوص ويسمى ضماناً قانونياً (١)

٢ — وضمان ناشئ عن اتفاق المتعاقدين ويسمى ضماناً مشروطاً (٢) — انظر ١٦٢٧ فرنساوى

المبحث الأول — فى الضمان القانونى

١٣٧٦ — الغرض الأصلى من هذا الضمان هو ضمان الحيازة الهادئة للمشترى بتمكينه من الانتفاع من العين المبيعة والتمتع بها تمتعاً تاماً ومنع انتزاعها من يده

---

(١) Garantie de droit (٢) Garantie de fait

فالبائع ضامن للمبيع عند استحقاقه كله أو بعضه

١٣٧٧ — والمراد بالاستحقاق ظهور كون الشيء المبيع حقاً واجباً للغير وأنه غير مملوك للبائع (١) مثاله باع زيد عقاراً لبكر فادعى عمرو أن العقار المبيع ملكه وأقام الدليل على ذلك فحكم له القاضي بالملكية . أو ادعى خالد أن له حق ارتفاق عليه كشرب أو مسيل فقضى له بذلك وهكذا الاستحقاق

فكل حق يجب للغير على العين أو على منفعتها كلها أو بعضها هو استحقاق

أما اذا ظهر أن العين المبيعة ناقصة عند التسليم عن مقدارها المبين لها فى العقد كعجز فى المساحة أو نقص فى المحصول فذلك ليس باستحقاق

١٣٧٨ — وعلى ذلك يجب التفريق بين دعوى الضمان لاستحقاق بعض المبيع ودعوى عجز المبيع لنقص فى مقداره فلكل من الدعويين أحكام خاصة

التفريق بين دعوى الضمان للاستحقاق والعجز

فدعوى الضمان تفيد أن الشيء المبيع هو كما ذكره البائع فى عقد البيع وانما يكون حق المشترى الذى ترتب على هذا البيع منازعاً فيه فقط من قبل الغير

أما دعوى العجز فمتعلقة بوفاء ما تعهد به البائع ولكن حق المشترى على العين المبيعة غير متنازع فيه بل يظهر أن الشيء الذى سلم اليه غير مطابق للمقدار المعين فى عقد البيع

ويترتب على هذا التفريق اختلاف الحكم المترتب على كل : فدعوى الضمان لا تسقط الاّ بمرور المدة القانونية المعتادة أما دعوى العجز فتسقط بمرور سنة كاملة — « انظر فقرة ١٣٦٠ السابقة وحكم دسوق الجزئية ٣١ ديسمبر سنة ٩٠٠ الحاكم ١٢

---

(١) الاستحقاق هو طلب الحق واستحق فلان الأمر استوجبه ومنه خرج المبيع مستحقاً . « ابن عابدين ص ١٩٩ ج ٤ »
ويلاحظ أنه من الخطأ اعتبار الدرك والاستحقاق بمعنى واحد كما ذهب المرحوم فتحى باشا فى كتابه ص ٢٤٢ و ٢٤٣ شرح مدنى
فالدرك من أدرك الشيء اذا طلبه فلحقه . وقال فى المصباح المنير ومنه ضمان الدرك ومعناه أن المشترى يطلب الثمن عند الاستحقاق فيلحقه لأن عنده كفيلاً به . وضمان الدرك على الكفيل . فهو غير ضمان الاستحقاق الذى يكون على البائع

ص ٤١٧ وجلاد ٦ مادة ٣٠٠ و ٩ يونيـه سنة ٩٢ الحقوق ٧ ص ١٧٧ وجلاد ١٥ مادة ٢٠٨ »

ولا يشترط أن يكون الجزء المنتزعة ملكيته زائداً على ١/٣ من القدر المبيع اذا طلب قيمته عملاً بنص المادة ٣١٢ أهلى فان النسبة المذكورة خاصة بحالة عجز المبيع « مختلط ٥ مايو سنة ١٨٩٧ س ٩ ص ٣١٦ فقرة ٤٧٣٠ مجموعة أولى »

ما يترتب على الاستحقاق فى الدعاوى

١٣٧٩ — لما كان الاستحقاق معناه ظهور كون البائع غير مالك للمبيع فللمشترى حق طلب بطلان البيع طبقاً لأحكام المادة ٢٦٤ متى تبين له ذلك وقبل أن يشرع المالك الحقيقى فى انتزاع العين من يده

وعلى ذلك ينشأ عن بيع ملك الغير دعويان للمشترى : ١ — دعوى البطلان ٢ — دعوى الضمان . ولكل منهما محل ومزية

١٣٨٠ — فدعوى البطلان يرفعها المشترى اذا علم بأن ما اشتراه غير مملوك للبائع وأراد المبادرة بالتخلص من عواقب ذلك فيعجل برفع دعوى بطلان البيع لعدم ملكية البائع له ويسترد الثمن مع التعويضات اذا كان لها وجه بحسب التفصيل المتقدم فى موضعه « أنظر فقرة ٥٠٨ السابقة »

أما اذا كان يجهل ان المبيع مملوك لغير البائع . أو كان يتوقع الحصول على اجازة مالكه الحقيقى . أو يريد اكتساب ملكيته بالتقادم فيظل ملازماً جانب السكوت حتى اذا تعرض له متعرض أو قاضاه المالك الحقيقى أدخل البائع فى الدعوى ضامناً وطلب إلزامه عند استحقاق المبيع برد ما يجب رده وبالتضمينات الواردة فى مادة ٣١٤ وما بعدها — بودرى المطول فقرة ٣٤٩

١٣٨١ — وقد يستحق العقار ويحق للمشترى الرجوع بالضمان ولو أن المالك الحقيقى لم يرفع دعوى الاستحقاق كما اذا رفع المشترى دعوى على شخص حائز للمبيع فأثبت الحائز أن العين ملكه ورفضت دعوى المشترى . ففى هذه الحالة يكون للمشترى الرجوع بالضمان لأن المبيع استحق فعلاً للغير

١٣٨٢ — واذا ادعى مدع استحقاق عين كان من الصواب وحسن التبصر

أن لا يسلمها المشترى له الاّ اذا ثبت الاستحقاق بحكم القضاء أو برضاء البائع

وليس للمشترى فسخ البيع بغير ذلك لأن للبائع أن يقيم البينــة على أن المبيع ملكه كما يجب أن يقضى عليه أيضاً بالثمن فان المشترى لا يجوز له الرجوع على البائع بالثمن اذا لم يكن البائع خصماً فى الدعوى ولو حكم فيها بالاستحقاق . أما اذا رضى البائع بدفع الثمن سواء كان ذلك قبل التقاضى أو بعده انفسخ العقد

وهذا هو رأى الفقهاء فهم يقولون بأنهُ يثبت رجوع المشترى على بائعه بالثمن اذا كان الاستحقاق بالبينة لانها حجة متعدية تظهر فى حق كافة الناس وسبب ذلك أن البينة تصير حجة بقضاء القاضى وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤُه فى حق الكافة . أما اذا كان الاستحقاق باقرار المشترى فلا رجوع لأن الاقرار حجة قاصرة على المقر لعدم ولايته على غيره — ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٢

١٣٨٣ — على انه يجوز للمشترى أن يرجع على البائع بالثمن ولو سلم المبيع اذا كان حق مدعى الاستحقاق واضحاً وثابتاً ثبوتاً لا يتطرق اليه شك ولا ريب . مثال ذلك شخص باع عيناً مملوكة له بطريق الهبة فأبطلت الهبة . وهذه مسائل نادرة ومن الصواب حفظاً لحقوق المشترى المترتبة على الضمان أن لا يسلم العقار بغير رضاء البائع اذا استحقه مستحق — بودرى المطول فقرة ٣٥٠

١٣٨٤ — والاستحقاق حكماً كالاستحقاق فعلاً فقد يحصل استحقاق المبيع مع بقائه تحت يد المشترى بغير أن ينزع منه مادياً وهذا هو الاستحقاق حكماً . وفى هذه الحالة تتغير صفة امساك المشترى للمبيع فلا يعتبر واضعاً يده عليه بمقتضى البيع بل بسبب آخر كما يظهر لك فى الأحوال الآتية : الاستحقاق حكماً

١ — اشترى شخص عقاراً فظهر انه ملك مورثه بنــاء على مستندات عثر عليها . فى هذه الحالة يعتبر قانوناً ان العقار استحق له لأن البائع باع ما لا يملك وتؤول الملكية له بصفته وارثاً لا مشترياً

٢ — اذا اضطر المشترى لصرف مصاريف لا تجب عليه بمقتضى عقد البيع

كدفع ديون الدائنين المرتهنين من البائع قبل البيع منعاً لنزع ملكية العقار التى شرعوا فيها ففى هذه الحالة يعتبر حائزاً للعقار بصفة أخرى

كذلك اذا رسا على المشترى مزاد العقار المبيع اليه بعقد بنـاء على التقرير من الدائنين بالزيادة على الثمن المعروض من المشترى المذكور وعلى ذلك يجوز له أن يرجع على البائع بفرق الثمن الزائد عن الثمن المبين فى عقد البيع — انظر مادة ٥٧٥ أهلى وما بعدها

ولو رسا عليه مزاد عقار اشتراه ثم نزع ملكيته دائن مرتهن من البائع ونشأ عن ذلك زيادة الحقوق والتكاليف التى على العقار فالبائع ضامن لهـا لأن وضع يد المشتري فى هذه الحالة يكون بناء على حكم مرسى المزاد لا بناء على عقد البيع — « انظر بودرى المطول فقرة ٣٤٩ ومادة ٢١٩١ فرنساوى »

١٣٨٥ — ومما ينبغى ملاحظته أيضاً أن نزع الجزء كنزع الكل وان ثبوت حق الارتفاق الموجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الاعلام به من البائع للمشترى أو لم يكن ظاهراً وقت البيع كنزع الملكية بتمامها هذا اذا كان الجزء المنتزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو علمها المشترى لامتنع عن الشراء — مادة ٣١٠ أهلى

١٣٨٦ — والضمان القانونى يتناول ضمان التعرض وضمان الاستحقاق وقد صرح القانون المصرى بضمان التعرض فأوجب فى مادة ٣٠٠ على البائع أن يضمن للمشترى الانتفاع بلا معارضة شخص آخر بينما القـانون الفرنساوى سكت فاستنتج الشراح ذلك من عبارة المادة ١٦٢٥ القاضية بضمان الحيازة الهادئة وقالوا ان المعارضة فى الحيازة تمنع الهدو وتجلب الاضطراب ضمان التعرض

١٣٨٧ — والمقصود ضمانه هنا هو التعرض المبنى على وجه قانونى لا التعرض الفعلى (التعدى) . فاذا ادعى شخص أن له حق ارتفاق على المبيع فذلك تعرض مبنى على وجه قانونى ويجب على البائع ضمانه . أما اذا اعتدى أجنبى على زرع المشترى فنهبه . أو اغتصب العقار . أو هدم حدوده . وغير ذلك من أفعال الاعتداء فهو تعرض فعلى لا يسأل عنه البائع وعلى المشترى أن يدرأه عن نفسه بناء على شرائه العين مبناه

المعتدى عليها فان عقد البيع ينقل له ملكها ويبيح له التمتع بهـا والدفاع عن حقوقه التى له كلها . وله أن يسترد المبيع برفع دعوى الاستحقاق أو دعوى اعادة وضع اليد —
« دوهلس فقرة ٣٤٦ بيع ج ٤

ووجه التفرقة بين الأمرين أن البائع يضمن كل ما ينشأ عن حق التمليك لأنه واجب بمقتضى العقد. فاذا كان التعرض لأمر خارج عن حق التمليك فلا مسؤولية عليه

١٣٨٨ — وعلى هذا حكم بأنه فى حالة بيع العقار يكون كل تعرض أو عمل مادى وغير مبنى على حق قانونى صادر من البائع يوجب على المشترى أن يمنعه بنفسه ولا يبيح له أن يرفع دعوى الضمان على البـائع اذا كان استلمه استلاماً صحيحاً —
« مختلط ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٧ فقرة ٢٧٢٢ مجموعة أولى »

١٣٨٩ — وحكم بأنه اذا ذكر فى عقد بيع ان المشترى وضع يده على المبيع فله أن يدافع عن حيازته وملكيته له ضد كل مغتصب . وعدم وجود الحجة معه لا يسلبه حق مقاضاة المعتدين على ملكه إنما له أن يدخل فى البائع الدعوى اذا ادعى المعتدى الملك — مختلط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ ص ٤٧٢٠ مجموعة أولى

الخوف من نزع الملكية

١٣٩٠ — ومجرد الخوف من نزع ملكية المبيع من المشترى لا يعد استحقاقاً أو تعرضاً مجيزاً للمشترى أن يرفع دعوى الضمان لأن الاستحقاق لم يثبت والتعرض لم يحصل وغاية الأمر أن علم المشترى بخطر الاستحقاق يجيز له فقط حبس الثمن الى أن يزول الخطر عملاً بنص المادة ٣٣١ مدنى

وفى الواقع ليس له أن يطالب من البائع ضمان المبيع فى وقت لم يتعرض له فيه أحد . وما دام العقار لم يستحق فليس له أن يطالب بالثمن والتعويضات التى أجازها له القانون فى هذه الحالة

وعلى ذلك يكون مجرد وجود رهان مسجلة على العقار لا يجيز الرجوع بالضمان وان أجازت حبس الثمن وذلك لاحتمال ان الدائنين لا يستعملون حقهم فى نزع ملكية العين المرهونة والبائع لا يمكنهم من ذلك باداء الدين لهم . أما اذا شرع الدائن

المسجل فى رفع دعواه على المشترى أو انذره بدفع الدين أو اخلاء العين كان له الرجوع بالضمان لأن الانذار من الاجرآت الأولية لنزع ملكية العقار المرهون .

١٣٩١ — على أن حق حبس الثمن يسقط اذا كان البائع معفى من رد الثمن عند الاستحقاق لأنه لا موجب له قانوناً — مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ نمرة ٤٤٦٦ مجموعة ثانية

١٣٩٢ — وليس للمشترى أن يمتنع من استلام المبيع بحجة طلب تصديق من باقى الشركاء لعين اشتراها مستقلة وأن يطلب فسخ البيع بل كل ما له هو حبس الثمن تحت يده حتى يزول خطر الاستحقاق — مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٨ فقرة ٤٤٦٨ مجموعة ثانية

١٣٩٣ — وفى هذه الحالة لا يجوز مقاضاة المشترى بطلب فسخ البيع لعدم دفع الثمن متى كان مهدداً باستحقاق المبيع بأن كان عليه رهون فحجز الدائنون المرتهنون تحت يده على الثمن أو تحت يد غيره — مختلط ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٥ فقرة ٤٤٦٥ مجموعة ثانية

حيازة الأجنبى

١٣٩٤ — ولا يجوز رفع دعوى الضمان اذا كان المبيع فى حيازة أجنبى لأن للمشترى فى هذه الحالة أن يطلب التسليم تنفيذاً لتعهد البائع بالتسليم وليس له المطالبة بالضمان لأن منشأ الضمان إما التعرض للحيازة وهى لم تحصل أو الاستحقاق ولم ينازعه أحد فى حقه

وحيث كان للمشترى أن يطلب التسليم من البائع فله أن يطلبه من واضع اليد على المبيع متى كان شيئاً معيناً لأنه أصبح مالكاً له بالبيع . فاذا لم ينجح فى دعواه لثبوت الملكية لواضع اليد كان ذلك استحقاقاً للمبيع وجاز للمشترى أن يطالب البائع بالضمان اذا لم يكن قصر فى ادخاله فى الدعوى ليبرهن على حقه

حرمانه من منفعة غير مشروطة

١٣٩٥ — والبائع لا يضمن غير الحقوق الناشئة عن عقد البيع . فاذا حرم المشترى من منفعة لم تكن مشروطة فى العقد صراحة أو دلالة فلا يضمنها البائع حتى ولو كان اشترى بمراعاتها . مثال ذلك أشجار مغروسة على حافة أرض ظنها البائع تابعة

للعقار فأثبت الجار أنها ملكه — بودرى المطول فقرة ٣٥١ ص ٣٥١

١٣٩٦ — والاستحقاق أو التعرض لا يستوجبان الضمان الاَّ اذا توفرت الثلاثة شروط الآتية :

١ — أن يكون سبب انتزاع المبيع حقاً عينياً

٢ — وأن يكون حادثاً قبل أو وقت البيع . فاذا حدث بعده لزم أن يكون سببه فعل البائع

٣ — وأن يجهل المشترى العيب والبائع لم يعلمه به

١٣٩٧ — يجب أن يكون سبب الانتزاع حقاً عينياً أى حقاً قابلاً للاحتجاج به على الكافة كحق الملكية أو الانتفاع أو الاستعمال أو السكنى أو الحكر أو الرهن الشرط الأول

فاذا كان الحق شخصياً كحق الايجار فلا محل للضمان كما يستفاد من نص القانون الذى قيد الضمان « بالحق العينى » فى مادة ٣٠٠

وهنا نلاحظ أن حق الايجار يحتج به على المشترى اذا كان ثابت التاريخ قبل البيع أو كان لمدة تزيد عن تسع سنين وسجله المستأجر (مادة ٣٨٩ و ٦١٣ اهلى) . وبذلك يجوز له الانتفاع بالمبيع ومنع المشترى من وضع يده عليه حتى تنتهى اجارته بالرغم منه فقد يتفق أن المستأجر أثبت تاريخ اجارته والبائع لم يعلم بها المشترى تدليساً منه فيتضرر المشترى من ذلك لأنه يُحرم الانتفاع من ملكه مدة من الزمن بسبب اجارة مفترض قانوناً أنه يعلم بها مع أن ثبوت التاريخ ليس من الميسور معرفته لأنه ليس علنياً كالتسجيل

على أن الايجار لو لم يكن ثابت التاريخ فليس للمشترى أن يخرج المستأجر الاَّ بعد التنبيه عليه بالخروج واعطائه التضمينات اللازمة أو اعطائه كفيلاً كفوءاً بها — « أنظر مادة ٣٩٠ اهلى »

ولهذا جرى القضاء فى فرنسا على أن للمشترى حق رفع دعوى الضمان ارتكاناً على أن نص المادة ١٦٢٨ فرنساوى يجيز الضمان فى حالة وجود تكاليف أو « حقوق »

على العقار لم يحصل اعلام المشترى بها ولم تقيد المادة الحقوق بأنها « عينية »

ونرى أن حق الايجار من جهة حق شخصي والمبيع فى الحقيقة سلم كاملاً وللمشترى الانتفاع بثمرته وأخذ اجرته لنفسه كاملة . أما فى حالة التعرض بناء على حق عينى كحق ارتفاق قاض بعدم اقامة بناء أو غراس أو بانشاء طريق فى المبيع فالملكية فى ذاتها أو الانتفاع والتمتع بها ينقصان نقصاناً حقيقياً وليس الحال كذلك فى الاجارة — « أنظر دوهلس فقرة ٢١٧ عن الرأى المخالف »

الشرط الثانى

١٣٩٨ — يجب أن يكون سبب الاستحقاق أو التعرض حادثاً قبل أو وقت البيع حتى يجب الضمان كأن يدعى المستحق أنه اكتسب ملكية العقار بالتقادم قبل البيع . أو أنه آل اليه بالميراث فاسترده . أو أن بائعاً سابقاً طلب فسخ البيع وحكم له به . أو أن دائناً مرتهناً للمبيع قبل بيعه شرع فى نزع ملكيته أو أن له حق ارتفاق أو انتفاع وهكذا

الشرط الثالث

١٣٩٩ — وهذه الحقوق والواجبات وان كانت مسجلة والمفترض أن المشترى يعلم بها قانوناً ولكن تسجيلها لا يسقط دعوى الضمان والواجب على البائع أن يعلم المشترى بها فقد يغتر المشترى اذا سكت البائع عن بيان الرهن أو حق الارتفاق الذى على العين فيظن أنها غير مرهونة أو لا ارتفاق عليها فيشترى ثم تنزع منه بعد ذلك أو يضار فى الارتفاق . لهذا أجيز له الرجوع على البائع بالضمان لكتمه الحقيقة

١٤٠٠ — أما التعرض والاستحقاق اللذان يكون سببهما ناشئاً بعد البيع فينظر :

١ — ان كان السبب ناشئاً من فعل المشترى كان عليه تبعة عمله مثال ذلك تركه المبيع حتى اكتسبه شخص بمرور الزمن

٢ — وان كان السبب قوة قاهرة كانت تبعة ذلك على المشترى « من وقت الاستلام فقط » . فاذا أغار الماء على ارض فجرف جانباً منها . أو جفت بئر ساقية لأن الجار أحدث وابوراً ارتوازياً بجانبه . أو نزعت ملكية المبيع كله أو بعضه للمنفعة العامة . أو أنشئ خط تنظيم ترتب عليه هدم جزء من المبيع أو اعاقة عمارته أو تصليحه بغير مراعاة

القيود القانونية وهكذا . فمثل هذه المسائل الحادثة بعد البيع لا تستوجب ضمان البائع وعلى البائع أن يدفعها بنفسه

٣ — وان كان سبب التعرض أو الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع ففي هذه الحالة يجب عليه الضمان فان تعهده بالضمان يحرم عليه أن يحدث بنفسه اى منازعة للمشترى

فاذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية فسجل المشترى الثانى قبل أن يسجل الأول كان البائع ضامناً عند استحقاق العقار . كذلك اذا رهن البائع المبيع رهناً عقارياً بعد البيع وقبل تسجيله كان ضامناً للمبيع اذا انتزع من يد المشترى . وقد نص القانون على ذلك صراحة فى المادة ٣٠٠ اهلى

١٤٠١ — كذلك يكون البائع ضامناً حتى لو كان النزاع او التعرض حاصلين بأمر الحاكم ولكن كان هو المحرض عليهما مثال ذلك ما اذا باع شخص معملاً ثم طلب من الجهة المختصة تقسيم المياه التى تدار بها آلات المعمل فترتب على ذلك انقاص قوة الآلة المحركة له فالبائع ضامن لهذا العمل الذى تسبب فى احداثه

كذلك اذا باع شخص عقاراً بغير ينابيع الماء والحمامات الموجودة به ولكن البائع كان يستفيد منها . فاذا نقلها البائع بعد الى مكان آخر وترتب على هذا العمل هبوط قيمة العقار فللمشترى طلب الضمان لأن ذلك انقاص للمبيع ويعتبر كانتزاع للملكية جزء منه — انظر بودرى المطول فقرة ٣٥٢

١٤٠٢ — يستخلص مما تقدم ان البائع يكون ضامناً للمبيع : ١ — اذا تسبب الاستحقاق أو التعرض عن فعله وذلك فى اى وقت حدث السبب أى وقت البيع أو بعده

٢ — أو كان سبب الاستحقاق فعل اجنبى حادث قبل البيع ولم يحصل اعلام المشترى به

ويسقط عن البائع الضمان :

١ — اذا كان سبب الاستحقاق حادثة قهرية كانعدام المبيع او فعل الحاكم كتغيير القانون

٢ — او كان سببه اعتداء الغير بأفعال القوة ولم يكن منشأ الاعتداء حقاً عينياً

٣ — او شُرط عدم الضمان بحسب الأحوال التي سنفصلها بعد

١٤٠٣ — اذا تملك شخص عيناً بمضى الزمن وكان بدء وضع يده حاصلاً قبل البيع ثم أتمّ المدة المكسبة للملك بعد بيعها كان البائع غير ضامن للمبيع لأن سبب الاستحقاق تال للبيع لا سابق عليه ولأن تملك الغير بمرور الزمن ليس سببه فعل البائع بل فعل شخص آخر استمر فى طريق كسب الملكية بالتقادم فسببها وضع يد الغير ويتعلق بالمشترى الذى يجب ان لا يجهل امراً جارياً كهذا ان يقطع سريان المدة (دوهلس فقرة ٢٧٢) فقد اصبح مالكاً بمجرد العقد وكان له أن يحافظ على حقه بقطع سريان المدة الطويلة فاذا لم يقطعها فتملكها واضع اليد واستحقها عليه كان الاستحقاق نتيجة تقصيره ولا يمكن أن ينسب للبائع تقصير لأن الحائز للعقار لم يكن له وقت البيع غير مجرد الأمل فى التملك ولم يصر هذا الأمل حقاً الاَّ بمضى المدة التى اقضت بعد البيع والاستحقاق بالتقادم لا يكون الاَّ بعد انقضاء المدة المكسبة للملك — بودري المطول فقرة ٣٥٤

أما اذا كانت المدة المكسبة للتملك بالتقادم على وشك الانقضاء عند البيع ولا يسمح الزمن بين اكتساب الملكية و بين الشراء للمشترى بقطعها كان البائع ضامناً لأنه كان الواجب عليه أن يقطعها هو دفعاً للضرر المحدق بالمشترى — راجع ماركديه مادة ١٦٢٦ واوبرى ورو جزء ٤ فقرة ٣٥٥

١٤٠٤ — هل يجوز الضمان في حالة نزع ملكية العقار جبراً على مالكه ؟

يستفاد من أحكام القانون أن نزع الملكية قهراً لم يخرج عن كونه بيعاً وقد اطلق القانون عليه اسم البيع فى مواد كثيرة (انظر باب الرهن العقارى) ومتى كان بيعاً فانه يستلزم الضمان كالبيع اختياراً غير ان الصعوبة هى فى تعيين البائع ليكون مسئولاً عن الضمان أهو المدين المنزوع ملكيته أم طالب البيع أم الدائنون الذين دفع لهم الثمن

اختلفت الآراء – قضت المحكمة المختلطة بأن حكم مادتى ٣٧٨ و ٣٧٩ مختلط (٣٠٤ و ٣٠٥ اهلى) لا يسرى على البيوع الحاصلة بناء على حجز وانما يسرى على البيوع الاختيارية الناشئة عن اتفاق وبانه لا يمكن اعتبار المحجوز عليه ولا الدائن الحاجز بائعين فالأول يؤخذ ملكه قهراً عنه والثانى انما يطلب من القضاء تنفيذ التعاقد الذى كان بينهما

وسبب الضرر المقصود تعويضه بطريق دعوى الضمان ليس هو الايهام بالملك أو قول انسان بأنه مالك وهو ليس كذلك وانما هو أن يبيع الانسان لغيره ما لا يملكه

والتزام الضمان المشار اليه فى المادتين السابقتين يفيد ضرورة وجود بيع سابق والبيع الذى حصل هنا لم يقع من المحجوز عليه لأنه حصل بغير اشتراكه فيه بل الحقيقة ان القضاء هو الذى باع

وللراسى عليه المزاد ان يرجع على الدائنين بطريق دعوى رد الثمن الذى أفاد المدين وانقص دينه – مختلط ٣ مايو سنة ١٨٨٨ سنة ٨ صحيفة ٩٩ بورللى ماد ٣٧٨

وهذا رأى مردود لأن طالب البائع ليس بمالك للعقار المبيع جبراً وليس كذلك قاضى البيوع الذى باشر البيع . أما كون طالب البيع ليس بمالك للعقار المبيع فهذا مما لا شك فيه وقد نص القانون فى مواد كثيرة على ما يؤيده فقد أشار فى مادة ٥٧٤ مرافعات الى انه قد يكون مشترياً وذلك مخرج له من ان يكون بائعاً لأن هاتين الصفتين لا تجتمعان . واذا شوهدتا فى شخص فيكون له صفتان احداهما بطريق النيابة كالولى على ابنه أو الدائن عن مدينه واشار كذلك فى مادة ٥٧٨ منه الى ان حكم البيع يكون حجة للمشترى بملكية المبيع (وقد يكون طالب البيع كما تقدم) وسنداً للمدين ومن يستحق حقوقه للاستحصال على الثمن أى ان المدين هو البائع لأنه يأخذ الثمن

فالشخص الوحيد الذى يمكن اعتباره بائعاً هو المدين[1] وهو الذى يجب عليه

(١) وليس أصرح فى ذلك من مادة ٥٩٧ مرافعات التى نصت على أن ايقاع البيع للراسى عليه المزاد لا تترتب عليه حقوق له سوى ما كان للمدين المبيع ملكه من الحقوق فى العقار المبيع

الضمان . ولا يعترض بأن البيع لم يكن برضائه فوقوع البيع جبراً عليـــه ليس بمانع من اعتباره بائعاً تم بيعه بحكم القضاء الذى يعتبر متمماً للرضاء وقائماً مقامه وان الدائن الذى حرك البيع هو وكيله فيه . وقد حاز صفة النيابة هذه بمقتضى أحكام القانون الذى أباح له بيع مال مدينه وبين الطرق والأوضاع الواجب اتباعهـــا عند عدم الوفاء كما حازها بناء على رضاء ضمنى من المدين . فان المدين عند ما شرع يقترض الدين من طالب البيع رضى مقدماً بجميع النتائج المترتبة على ذلك ومنها بيع أمواله فهى الضمان لوفاء ديونه فاذا أقدم البائع على بيعها فانما يبيعها بناء على هذه الوكالة الضمنية من المدين . ومتى بيع مال المدين بوكيل عنه فكأنه باعه بنفسه فترجع حقوق العقد وواجباته اليه ويجب عليه الضمان طبقاً للأحكام العامة

فاذا تبين بعد أن الشيء غير مملوك للمدين فهو مخطيء ومقصر لتركه الناس تعتقد ملكيته لعين يديرها كالك وتنزع ملكيتها منه وهو ساكت .

ولذلك اذا أخبر الحاجز بحقيقة الحال سقطت مسئوليته وكانت تبعة التصرف على الحاجز . فاذا كان رأى عند الاطلاع على تنبيه نزع الملكية وجود أعيان ليست ملكاً له وجب عليـــه أن يطالب باستبعادها . فاذا سكت فكأنه رضى باتمام الاجراآت طبقاً لشروط البيع ويكون مقصراً ومخطئاً لتركه الدائن ينزع العين ظناً بأنها ملك مدينه —

« انظر بودرى فقرة ٣٥٥ ودوهلس فقرة ٢٢٦ بيع ج ٤ »

ومن باب أولى لو عمل أعمالاً من شأنها تأييد نازع الملك فى اعتقاده كما اذا طلب لصق اعلانات أكثر مما نص عليه القانون أو الزيادة فى لصق ملخصاتها أو طلب حصول المزايدة فى نفس المحل الكائن به العقار وفقاً لنص المادة ٥٦٦ مرافعات

أما اذا أبان الخطأ وعارض فى نزع الملكية بأن نبه الحاجز أو قرر فى الجلسة أمام القاضى بأنه غير مالك لكل أو بعض العقار المنزوع ملكيته أو أن على ذلك العقار حقوق ارتفاق ظاهرة فاستمر مع ذلك طالب البيع فى اجراآته سقط الضمان عنه وكان

للمشترى أن يداعى طالب البيع مباشرة بالضمان اذا حصل له تعرض أو نزعت منه ملكية العقار الذى اشتراه

١٤٠٥ — لهذا عدلت المحاكم عن الرأى الأول وقضت بأن طالب البيع لا يعد مسئولاً عن الضمان المقصود فى المادة ٣٠٠ أهلى من القانون المدنى لأنه بطلبه البيع لا يطلب من المحكمة الاَّ تنفيذ تعهدات المحجوز عليه قبله ولكن بدون شك يكون مسئولاً عن غلطاته الشخصية وهنا تنتهى مسئوليته . ولا يمكن اعتباره بائعاً لعين لم تقع أبداً تحت تصرفه ومن الجائز أن لا يؤول ثمنها اليه لأننا اذا اعتبرناه بائعاً فنكون قد حملناه مسئولية صفة لا ينتفع بفوائدها

والمدين المحجوز عليه ملزم بالضمان لأنه البائع الحقيقى ولا يهم اذا كان البيع حصل اختيارياً أو بالتنفيذ الجبرى اذ أن القانون المدنى وقانون المرافعات لا يعفيان المحجوز عليه من هذا الضمان . وسكوت القانون فى هذه الحالة يكفى لأن يثبت بأن الشارع أراد مسئولية هذا البائع بجميع ما هو مسئول عنه البائع الاعتيادى لأنه فى الحقيقة هو الذى ينتفع بالثمن الذى منه تدفع ديونه وما يبقى بعد ذلك يرد اليه وما دام أنه انتفع بمزايا البيع وجب عليه أن يتحمل مسئولياته — الاستئناف المختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٧٨ بورللى مادة ٣٧٨ م وجلاد مادة ٣٠٤ أهلى

١٤٠٦ — وحكم بأنه اذا بيعت أطيان على أنها ملك للمدين بناء على طلب دائنه ثم نزعها مالكها الحقيقى من يد من رسا عليه مزادها فيكون المدين لا الدائن مسئولاً قبل المشترى عن الضمان طبقاً للمادة (٣٠٤م) مدنى لأن البائع فى الحقيقة هو الأول لا الثانى وانما يكون الدائن مسئولاً قبل المشترى عن التضمينات اذا وقع منه خطأ تسبب عنه نزع العين من تحت يد المشترى — (دشنا الجزئية ٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ نمرة ١٠٠ ص٢٦٧ مجموعة سنة ١١) أنظر حكم اسكندرية المختلطة فى ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ سنة ١٦ ص ١٢٣ و ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ سنة ٨ ص ٣٤٥ وجرانمولان ص ٣٦

١٤٠٧ — وبأنه لا يمكن لمالك المنقول الذى حجز عليه وبيع بالمزاد العلنى أن يسترده من الراسى عليه المزاد سليم النية الذى يقوم البيع القضائى بالنسبة له مقام السبب

الصحيح بل له فقط الرجوع على المدين الذى زاد ماله بثمن الشىء المبيع فاذا لم يكن الثمن قد وزع على الدائنين فلا يكون له الاَّ أن يشاركهم فى التوزيع لأنه ليس له امتياز عنهم

أما اذا كان الثمن قد وزع بين الدائنين أو دفع الى الدائن الحاجز فليس للمالك رجوع على أحد منهم الاَّ اذا كان الدائن الحاجز سيئ النية ففى هذه الحالة للمالك بمقتضى المبادىء العامة أن يطالبه بالثمن بل و بتعويضات

شرط عدم الضمان فى قائمة المزاد

١٤٠٨ — اذا اشتملت قائمة شروط بيع بالمزاد على شرط عدم الضمان فلا يكون طالب البيع مسئولاً عن الضمان اذا جرينا على قول من يجعله مسئولاً فى البيع الجبرى

فالعلم بخطر الاستحقاق واشتراط عدم الضمان من البائع أو طالب البيع الجبرى يجعل للبيع صفة احتمالية (غرر) تخرج مطالبة المذكورَين بكل تعويض

والضرر الذى يلحق المشترى يكون ناشئاً من فعله لأنه زايد فى حقوق احتمالية ولم يكن منشأه خطأ نازع الملك الذى باشر الاجراآت بسلامة نية ضد المالك الظاهر وعلى ذلك يجب أن يتحمل المشترى نتيجة الاستحقاق خصوصاً اذا كان البيع رسا مزاده بثمن بخس — مختلط ٢٣ ابريل سنة ١٨٩٦ فقرة ٤٧٢٨ مجموعة أولى

١٤٠٩ — اذا بيع العقار بالمزاد لعدم امكان قسمته بغير ضرر فكل شريك بائع عادى يجب عليه ضمان حصته سواء كان هو الطالب للقسمة أو لا فان الشركاء يعتبرون جميعاً بائعين اذا كان الراسى عليه المزاد ليس منهم ويعتبرون مقتسمين اذا كان الراسى عليه المزاد أحدهم ويستوى فى ذلك البيع بالمحكمة أو خارجها

ضمان الحاجز

١٤١٠ — قلنا ان الحاجز ليس ببائع ولا يجب عليه الضمان ولكن اذا تسبب بفعله فى احداث ضرر للراسى عليه المزاد لزمه تعويضه بناء على القاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ١٥١ وما بعدها مدنى لا بناء على أحكام ضمان البيع . فاذا أدخل فى الأموال المنزوع ملكيتها أموالاً ليست ملك المدين . أو أصر على نزع ملكيتها بالرغم من تصريح المدين بأنها ليست ملكه وهكذا تجب عليـه التعويضات للراسى عليه المزاد اذا استحق عليه العقار بناء على ذلك

وعلى هذا ينبغي أن يثبت حصول الخطأ . أو احداث الضرر من طالب البيع حتى يكون مسئولاً عن الضمان . أما اذا كان معذوراً فيسقط عنه التعويض . فاذا نزع ملكية عقار يظنه ملكاً لمدينه بناء على تكليفه باسمه فاذا هو مشاع بينه وبين اخوته المقيمين معه فى معيشة واحدة وغير معين انفراد كل منهم بحصته فلا يلزمه التعويض — « بودرى المطول فقرة ٣٥٦ »

حقوق الراسى عليه المزاد

١٤١١ — يؤخذ مما تقدم أن الراسى عليه المزاد أن يرجع بالضمان على المدين ويرجع بالتعويض على الدائن الطالب للبيع فى بعض الأحوال . وله فوق ذلك الحق فى أن يطلب من الدائنين رد الثمن اذا كان دفع اليهم بناء على أنهم أخذوا شيئاً بغير استحقاق (مادة ١٤٥) . وهذا الحق ليس للراسى عليه المزاد وحده بل هو جائز أيضاً لكل مشتر استحق عليه العقار بعد أن دفع ثمنه لدائنى البائع وقد تكلم الشراح عليها فى موضعين . فان نزع الملكية إما أن يكون مبنياً على استحقاق العقار لمالكه الحقيقى . وإما أن يكون البائع كان مشترياً لعقار لم يدفع ثمنه فتحصل البائع له على فسخ البيع الصادر منه ثم ترتب على ذلك فسخ بيع المشترى الأخير

الحالة الاولى

١٤١٢ — اذا اشترى شخص عقاراً من غير مالك أو رسا عليه مزاد عقار لغير مالك واستحق العقار فللمشترى أو الراسى عليه المزاد أن يسترد الثمن من الدائنين بناء على أنه دفع ما لا يستحق عليه اذا كان دفعه اليهم مبنياً على حوالة بالدين أو على توزيع الدين على الدائنين قضائياً أو بناء على استبدال الدين بغيره بطريق إنابة المدين من البائع . فى هذه الأحوال يكون المشترى أو الراسى عليه المزاد دفع الدين باسمه شخصياً باعتقاد أنه مدين بالمبلغ المحول به أو المستبدل أو الموزع مع أن الثمن الذى ظن أنه واجب عليه دفعه لم يجب عليه الا بصفة كونه مالكاً للعقار المبيع وقد ظهر أنه لا يملكه وان هذه الصفة زالت عنه لبطلان البيع وعلى ذلك يعتبر أن الدين لم يكن مستحقاً عليه وأنه أداه للدائنين غلطاً فله استرداده بناء على نص المادة ١٤٥ أهلى — أنظر بودرى صحيفة ٣٥٩

ولا يعترض بأن الدائنين أخذوا ما هو مستحق لهم لأن الذى دفع المبلغ ليس مدينهم بل شخص آخر دفعه ليبرأ من ثمن ظن خطأ أنه مستحق دفعه من جانبه

أما اذا كان المشترى أو الراسى عليه المزاد دفع الدين للدائنين باختياره أداء لدين البائع أو المحجوز عليه فيعتبر أنه أوفى باختياره دين شخص آخر لا أنه دفع ديناً مستحقاً عليه غلطاً وعلى ذلك لا يكون الرد مستحقاً

ولكن يجب التدقيق لمعرفة ما اذا كان قد أدى الدين لابراء البائع أو أنه قصد به ابراء نفسه ليسلم له المبيع . فاذا ثبت من قرائن الأحوال أنه أراد بالدفع أن يسلم له المبيع فيعتبر أنه يدفع ثمن مبيع يظن أنه مستحق عليه . فاذا استحق العقار فيعتبر ان الثمن لم يكن واجباً عليه ويكون دفعه جاء غلطاً وبلا سبب وله رده

ولا يجب خلط هذه المسألة بمسألة المشترى الذى سدد دين أحد الدائنين معتقداً أولويته على باقيهم قاصداً بذلك أن يحل محلهم فى دينه ثم اضطر لدفع دائن ذى أولوية على من سدد له الدين أوّلا تلافياً لنزع ملكية العقار ففى هذه الحالة لا يعتبر المشترى أنه نزعت ملكيته بل الثمن الذى دفعه كان مستحقاً عليه

الحالة الثانية ١٤١٣ — اذا دفع المشترى ثمن المبيع لدائن البائع ثم فسخ البيع بناء على طلب من باع لبائعه فهل للمشترى المذكور الحق فى استرداد الثمن من الدائن . قال بعض الشراح[1] بأنه لا يجوز الاسترداد لأن الدفع مبنى على سبب قانونى فالبيع كان صحيحاً والمشترى كان مديناً بثمنه والدائن المرتهن استلم ما هو مستحق له فاذا نزع المبيع من تحت يد المشترى لفسخ البيع فسبب ذلك عدم تروّيه وتبصره بعدم تسديده المستحق للبائع الاول قبل سداد دين ذلك الدائن المرتهن الذى دفع له الثمن

وقال مسيو بودرى بأن هذا الرأى غير قاطع فالمشترى يعتبر أنه لم يتملك الذى انتزع منه لفسخ البيع و بناء على ذلك لا يستحق عليه الثمن ومع ذلك يقول بأنه يمكن

(١) راجع كتاب أوبرى ورو جزء ٤ بند ٤٤٢ ص ٧٣٤

تبرير الحل الأول بأن المشترى ارتكب تقصيراً جسيماً بدفعه الثمن لأشخاص غير البائع الأول لأنه كان يجب عليه التحقق من قلم التسجيلات عما اذا كان هناك بائع أولا اذ البائع ممتاز بثمن المبيع من تاريخ تسجيل بيعه — أنظر مادة ٦٠١ أهلى

ومن المعلوم أن المشترى ليس له استرداد الثمن الذى دفعه للدائنين الا فى حالة ما اذا كان سند دينهم لم ينعدم فاذا أعدموه بعد الدفع لا يكون الرد مستحقاً عملاً بنص المادة ١٤٨ أهلي — بودرى فقرة ٣٥٨

١٤١٤ — وحق الضمان ينتقل لورثة المتعاقدين ولمن ينوب عنهما كالدائنين فورثة المشترى لهم حق طلب الضمان وورثة البائع عليهم أداؤه

١٤١٥ — والنائبون عن المشترى لهم الضمان سواء كانوا ورثة أو غير ورثة كمشترين أو متقايضين والضمان واجب لهم من البائع مباشرة بمعنى أن للمشترى الثانى أن يرفع دعوى الضمان مباشرة على البائع الأول بدون ادخال بائعه فى الدعوى فاذا باع زيد منزلاً لعمرو فباعه عمرو لخالد فالضمان واجب على زيد لعمرو وخالد . ولخالد عند الاستحقاق أن يرجع بالضمان مباشرة على زيد باعتبار أن حقه فى الضمان حق خاص به وذلك بدون حاجة لرفع هذه الدعوى طبقاً لأحكام المادة ١٤١ أهلي حتى يتقى بذلك اشتراك دائنى بائعه معه

والسبب فى امتلاكه هذا الحق ان البائع الثانى ببيعه ما اشتراه نقل للمشترى الأخير العين بما لها من الحقوق والدعاوى التى كانت له هو باعتبارها ملحقات للمبيع ومنها دعوى الضمان فكأن البائع الثانى تنازل ضمناً عن دعوى الضمان التى له من البائع الأول على المشترى منه وهذا المشترى يرفعها اذاً باعتبارها حقاً خاصاً له

١٤١٦ — وهذا الحكم يتناول كل من انتقل اليه الملك من المشترى سواء كان الانتقال بعوض أو بغير عوض . فللموهوب له أن يرجع بالضمان عند الاستحقاق على البائع لبائعه ولو انه ليس له حق الرجوع على بائعه مباشرة لأنه واهب ولا ضمان على الواهب . وهذا هو رأى أغلب شراح القانون الفرنساوى — راجع بودرى صحيفه ٢٦٤

١٤١٧ — وقياساً على هذا المبدأ حكم بأنه فى حالة اشتراط عدم ضمان البائع باشتراط صريح فللمشترى من هذا البائع أن يرجع مع ذلك بالضمان على البائع لبائعه عند الاستحقاق لأنه لم يشترط عدم ضمانه وتسرى عليه اذن القاعدة العامة وهى قاعدة الضمان — بودرى فقرة ٣٥٩

١٤١٨ — وحكم بأنه بالبيع تنتقل للمشترى جميع الحقوق التى للبائع على المبيع وعلى ذلك تنتقل له دعوى الضمان التى كانت للبائع ضد البائع الأول (الأصلى) وللمشترى الثانى أن يرجع بالضمان على البائع الأصلى ولو كان البائع له مباشرة غير مسئول عن الضمان بمقتضى شرط خاص فى العقد — مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ س ١٨١ صفحه ١٧١ فقرة ٤٤٥٠ مجموعة ثانية

المبحث الثانى — فيما يترتب على الضمان القانونى

١٤١٩ — يترتب على الضمان القانونى ثلاثة أمور :

١ — على البائع أن يمتنع عن كل تعرض لحيازة المشترى

٢ — عليه الدفاع عن المشترى لحماية حقه اذا رفعت عليه دعوى

٣ — اذا لم ينجح فى حمايته وجب عليه ان يعوضه عما استحق عليه

وسنفصل ذلك فيما يلى

الأمر الأول — فى وجوب عدم تعرض البائع للمشتري

١٤٢٠ — فرض على البائع ان يمنع تعرض الغير لحيازة المشتري فوجب عليه من باب اولى ان يمتنع عن التعرض بنفسه أو أن يأتى اي عمل من شأنه التشويش على حيازة المشتري فاذا اقدم على شيء من ذلك فللمشتري ان يدفع عمله بأنه ضامن للبيع وأن يمنعه من التعرض بناء على قاعدة من وجب عليه الضمان حرم عليه التعرض والنزاع

١٤٢١ — والنزاع محرم على البائع حتى لو تغيرت صفته بعد البيع فاذا باع زيد

عقار بكر فلبكر أن يطلب استحقاقه لنفسه فاذا مات وورثه زيد لم يكن لزيد ان يطلب الاستحقاق لأنه ضامن عند ثبوت الاستحقاق. وللمشتري الرجوع عليه اذا تم الاستحقاق المذكور فلا يصح له حينئذٍ أن يطلبه ويصح هنا تطبيق قاعدة من سعى فى نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه

١٤٢٢ — وهذا التحريم ينتقل (يتعدى) الى ورثة البائع لأنهم مطالبون بجميع الالتزامات التى على مورثهم ودعوى الضمان تنتقل اليهم وعلى هذا يحرم عليهم النزاع فى شيء يعود عليهم ضمانه . فاذا فرض ومات زيد البائع فى المثل السابق فورثه بكر ثم أراد بكر أن يطلب استحقاق العقار المبيع فتدفع دعواه بالضمان وانه بصفته وارثاً للبائع فهو ضامن للمبيع والضامن ممنوع من النزاع

كذلك اذا باع وصى عقار القاصر المشمول بوصايته بغير اذن المجلس الحسبي متعهداً بالحصول على تصديق القاصر على البيع فللقاصر عند البلوغ وعدم التصديق على البيع أن يرفض البيع ويطلب استحقاقه للمبيع . ولكنه اذا صار وارثاً للوصى حرم عليه النزاع لأن الضمان الواجب على الوصى ينتقل اليه فاذا نازع عارضه المشترى بهذا الدفع . وهكذا

١٤٢٣ — ومدار هذا الأمر هو التحقق من انتقال دعوى الضمان الى الوارث فاذا انتقلت اليه حرم عليه النزاع والاّ فلا . ولذلك فليس لضامن البائع أن ينازع فى الملك لأنه بضمانه البائع التزم بالقيام بكل مستوجبات الضمان فهو ضامن محرم عليه النزاع

١٤٢٤ — والتزام الضمان لا يتجزأ لأنه التزام بالامتناع عن فعل أمر وهو الامتناع عن التعرض . ودعوى الضمان تترتب على كل تعرض يحدث قل أو جل . فانتزاع جزء من المبيع أو من المنفعة كانتزاعه كله وعلى ذلك دعوى الضمان لا تتجزأ فهى عبارة عن التعهد بعمل شيء وهو معاونة المشترى على التمتع بما ملك وحمايته من كل ما يهدده

عدم تجزؤ دعوى الضمان

والامتناع عن النزاع لا يتجزأ ولو تجزأ المبيع فالحيازة إما أن تكون هادئة أو غير هادئة . فاذا عارض البائع المشترى فى حيازة بعض المبيع كانت الحيازة غير هادئة بالنسبة لجميع المبيع ولا وسط لذلك

ويبنى الشراح على ذلك أن الدفع بالضمان من المشترى لا يتجزأ أيضاً ثم يفرعون على ذلك نتائج عظيمة الأهمية فيجيزون الدفع بالضمان قبل أحد الورثة اذا نازع أو تعرض فى الحيازة ولو فى بعض المبيع . فاذا باع شخص عقاراً مملوكاً لأحد أولاده ثم مات فطلب ابنه المالك استحقاق العقار كان لمشتريه أن يدفع طلبه بالضمان عن المبيع كله وليس للوارث أن يتمسك بالزامه بقدر حصته فى الميراث وهى النصف مثلاً ويطلب استرداد النصف الثانى وذلك لأن ضمان المبيع غير قابل للتجزئة والتعرض محرم على الضامن . كذلك لو باع شخصان عقاراً يظنان انه لهما بالمشاع فاذا به ملك أحدهما فليس لهذا الأخير أن يطلب استحقاق الحصة التى باعها شريكه لأن عليه ضمان المبيع

النزاع بالواسطة

١٤٢٥ — والنزاع والتعرض كما يحرمان على البائع مباشرة يحرمان عليه بالواسطة أو بأى طريقة غير مباشرة . فليس للبائع أن يقدم على عمل أمر يكون من شأنه حرمان المشترى من المنفعة التى له الحق فى استيفائها بحسب طبيعة المبيع وما أعد له . فبائع محل التجارة ليس له ان يفتح محلاً آخر من جنس الأول بجوار محله الأول بعد زمن قريب من البيع . كذلك لو باع انسان طاحونة او ساقية ليس له بعد ذلك أن يسعى لدى الجهة المختصة فى تخفيض منسوب المياه التى تديرها عما كان هو ينتفع به بقصد اضرار المشترى وعلى هذا يجب على البائع أن يمتنع من كل عمل يضر بالحقوق التى انتقلت منه الى المشترى

وفى مثل هذه الأحوال لا يكون اجبار البائع على تنفيذ تعهده بعدم التعرض أو النزاع بواسطة الدفع بالضمان لأن البائع لم يقاض المشترى حتى يجوز للمشترى

أن يبدى الدفع السابق بعدم الضمان وانما يحصل ذلك بطريق دعوى أصلية يطلب فيها المشترى من البائع من جهة قفل محل التجارة الذى فتحه خلافاً لتعهده بعدم التعرض أو ازالة كل ما كان مخالفاً لهذا التعهد ويطلب من جهــة أخرى تعويض ما يكون لحقه من الضرر

وبناءً على ذلك يكون ما يفعله المشترى فى المثل الثانى أن يطلب ازالة مجرى الماء الذى يكون أنشأه البائع بفعله وتعويضاً عن الضرر الذي لحقه من عطل الطاحونة أو الساقية أو نقص قوتها — قارن بودرى المطول فقرة ٣٦٣

فتح محل تجارة جديد

١٤٢٦ — وقد اختلفت الآراء فى مسألة فتح محل التجارة الجديد بالقرب من المحل القديم فقال بعضهم اذا لم تكن هناك شروط مخصوصة فلا مانع من فتح المحل الجديد بنــاءً على حرية التجارة . ولكن المحاكم حكمت بعكس ذلك مستندة على ان البائع حرم على نفسه بطريق ضمنى ان لا يأتى عملاً يضرّ بما يترتب على البيع كانقاص منفعة المبيع . وانهُ يجب عليه ضمان الحيازة الهادئة فهو يتعرض لها وينازع فيها اذا استحوذ على زبائن محله المبيع واستجلبهم لمحله الجديد وعلى ذلك قضى بأنه ليس للبائع أن يفتح محلاً جديداً على مقربة من المحل القديم الذي باعه من عهد قريب

وتقدير هذه الظروف موكول لحكمة المحكمة . فاذا فتح البائع محلاً فى مكان بعيد أو بعد زمن طويل لا تخشى معه المزاحمة كان فى حل من ذلك

١٤٢٧ —ويسري هذا الحكم ولو كان البائع وكيل تفليسة فليس للتاجر أن يعيد فتح محل بالقرب من المحل الذي باعه وكيل التفليسة لأنه كان وكيله الشرعى كما انه ليس له ان يفعل ذلك بطريق الخفاء والتستر كأن يفتح المحل المزاحم باسم غيره ولا أن يشترك فى محل شبيه به اذا كان اشتراكه يؤدي لجلب الزبن التى كانت فى محله الأول

١٤٢٨ — وتطبيقاً لذلك حكم بأنه ليس لمؤلف الكتاب الذى يكون تنازل عن حقوق نشره لمطبعة أن يعيد النشر بنفسه أو بواسطة آخر طالما ان الطبعة الأولى لم

تنفد لأن من شأن الطبعة الجديدة أن تزاحم الطبعة الأولى وعلى ذلك يعتبر هذا تشويشاً عليها واستحقاقاً أو انتزاعاً جزئياً مع أن المؤلف ضامن للمبيع

الأمر الثانى — فى وجوب الدفاع عن المشترى

١٤٢٩ — اذا تعرض أحد للمشترى فى حيازته بأن اتخذ اجراءات قضائية مبنية على أسباب سابقة للبيع وجب على البائع الدفاع عن المشترى كما وجب عليه الحضور فى الدعوى التى ترفع على المشترى والحلول محله والقيام بابداء ما يجب من أوجه الدفع حتى أنه ليجوز أن يترك سبيل المشترى من الدعوى الأصلية ما لم يكن ملزماً فيها بشىء خاص بشخصه — مادة ١٤٨ مرافعات

وانهُ وان لم يكن حصل غير مجرد تعرض الاَّ أن البائع واجب عليه أن يدافع عن حقوق المشترى لأن التعرض توطئة للاستحقاق ويجب على البائع تلافى وقوعه

١٤٣٠ — والمشترى الذى يريد ادخال البائع بصفة ضامن فى الدعوى أن يستحصل على ميعاد لاستحضاره حسب المبين فى المادة ١٤٠ مرافعات وما بعدها وهذه المواد تتكلم على الدفع بطلب الميعاد لادخال ضامن ولهذا يجب الاحتراز من الخلط بينها و بين الدفع بالضمان المبنى على قاعدة من وجب عليه الضمان حرم عليه التعرض والنزاع وقد مرَّ شرحها

١٤٣١ — وادخال البائع ضامناً فى الدعوى عند التعرض القانونى هو حق للمشترى لا الزام . فاذا وثق المشترى من ثبوت حقه كان له أن يقاضى المتعرض وحده الاَّ اذا أراد البائع أن يدخل من نفسه بصفة ضامن للمحافظة على حقوقه

١٤٣٢ — وقد حكم بأنهُ ليس لمن باع عقاراً وأقيمت عليه دعوى الضمان أن يتخلص من المسئولية بادخال البائع له فى الدعوى لأنه وان كان للمشترى الحق فى أن يختصم مباشرة مع البائع الأول الاَّ أنه لا يجبر على ذلك — حكم محكمة كفر الزيات الرقيم ٢٩ ابريل سنة ٩٠٧ نمرة ٩٣ ومجموعة نمرة ١٠٢ سنة ٨

١٤٣٣ – على أن المشترى الذى يقتصر على المقاضاة بنفسه يرتكب خطأ جسيماً فانه يكون معرضاً لتحمل مصاريف الدعوى وحده اذا قصرها على نفسه كما أن للبائع بعد ذلك أن يدفع دعوى الضمان التى يرفعها عليه المشترى بأن الخسران نشأ من تقصير الأخير وسوء دفاعه وعدم تقديم الأدلة الكافيـة لرفض دعوى مدعى الاستحقاق

طرق تضمين البائع

١٤٣٤– ويتبين من ذلك أن للمشترى طريقان فى تضمين البائع :

١ –فإما أن يستحضره ضامناً فى الدعوى الأصلية وتسمى دعوى الضمان حينئذٍ دعوى فرعية الغرض منها الزام البائع بالمحافظة على حقوق المشترى حتى اذا لم يتيسر له المحافظة عليها يحكم عليه بالتعويضات

٢ –واما أن يدافع فى الدعوى وحده فاذا خسرها جازله أن يطالبُ البائع بتعويض الضرر الذي لحقه من الاستحقاق وتسمى دعوى الضمان فى هذه الحالة دعوى أصلية. ولكن موضوعها يكون قاصراً على طلب التعويض أى على تنفيـذ الأمر الثالث المفروض على البائع من تعهده بضمان المبيع

ولما كان المشترى حرًّا فى اتخاذ الطريق الذي يختاره من الطريقين السالفين كان اهماله استدعاء البائع بصفة ضامن موجب لتحمله ما ينشأ عن ذلك من النتائج التى قد يترتب عليها خسارة دعوى الضمان الخاصة بطلب التعويض اذا برهن البائع على أنهُ لو كان استحضر فى الدعوى لأبدى أوجه دفع من شأنها أن تؤدي لرفض دعوى مدعى الاستحقاق . فانهُ لا يتأتى جعل البائع مسئولاً عن استحقاق حصل لتقصير المشترى فى الدفاع . وعلى كل حال يجب قيام البرهان من البائع على سوء دفاع المشترى وعلى أن عنده أوجهاً لو أبديت لأدت لرفض دعوى الاستحقاق

١٤٣٥ – فقد حكم بأنهُ لا يكفى أن يرتكن البائع المرفوع عليه دعوى الضمان بصفة أصلية من المشترى على اهمـال هذا الأخير فى عدم تمسكه ضد مدعى الاستحقاق بدفع ما من أوجه الدفاع بل يجب عليه أن يثبت بأن لديه دفعاً خاصاً به

وكان يمكنه التمسك به لو أدخل فى دعوى الاستحقاق . وعليـــه لا يخلى البائع من المسئولية اذا ادعى أن المشتري لم يدفع فى دعوى الاستحقاق بسقوط حق طالب الاستحقاق لتملكه العقار بمضى المدة من وقت الشراء لأن مثل هذا الدفاع قاصر على شخص المشتري وما كان للبائع ان يتمسك به لو أدخل ضامناً فى دعوى الاستحقاق « محكمة الجيزة الجزئية ٤ فبراير سنة ٩٠٨ عدد ٥٥ نمرة ١٣١ مجموعة س ١٠ وراجع حكم مصر الاستئنافى ١٤ مايو س ٩٥ القضاء نمرة ٢ ص ٣١٦ وبنى سويف الجزئية ١١ نوفمبر سنة ٩١٠ مجموعة رسمية نمرة ٢ ص ٩٩

١٤٣٦ — وبأن دعوى الضمان فى حالة دعوى الغير باستحقاق العقار المبيع يجوز أن ترفع بطريقة أصلية أو أثناء دعوى الاستحقاق . فاذا رفعت بطريق أصلى لا يجوز للبائع أن يطلب رفض دعوى الضمان لمجرد أنه لم يطلب ادخاله فى الدعوى التى رفعت من مدعى الاستحقاق على المشتري بل يجب عليه أن يثبت حصول تقصير من المشتري فى أوجه الدفاع انبنى عليه الحكم للغير باستحقاق المبيع — بنى سويف الجزئية ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٠ المجموعة ٢ ص ٩٩ وجلاد مادة ٣٠٠

١٤٣٧ — والبائع مسئول عن الضمان وملزم برد الثمن والتعويضات ولو كان اشترى بعقد رسمى فانه واجب عليه أن يثبت أنه كان اشترى العين التى باعها من مالكها — « مختلط ٧ ابريل سنة ٩٠٤ فقرة ٤٤٦٤ مجموعة ثانية »

١٤٣٨ — لا يسقط ضمان البائع الذي لم يدخل فى دعوى الاستحقاق من الغير على العين المبيعة الاَّ اذا كان لديه مستندات تثبت ملكيته للمبيع وأما اذا لم يكن لديه مستندات على ملكيته لما ذكر فلا يسقط حق الضمان وللمشتري أن يرجع عليه « حكم استئنافى ١٤ مايو س ٩٥ القضاء ص ٣١٦ وجلاد مادة ٣٠٠ »

١٤٣٩ — يجب على المشتري أن يقاضى البائع أولاً ويطالبهُ بالضمان الملزم بهِ قبل أن يداعى الحكومة بدعوى أنها مسئولة لتسليمها حجة الملك للبائع — مختلط ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ نمرة ٩ ص ٣١٩ وفقرة ٤٧٣٢ مجموعة أولى

١٤٤٠ — وكما أن الدفع بضمان البائع لا يقبل التجزئة فدعوى ادخال الضامن فى دعوى أصلية لا تقبل التجزئة أيضاً ما دام الغرض ادخال البائع للدفاع عن حقوق

المشتري وذلك لأن الغرض من هذه الدعوى هو ضمان تنفيذ تعهد لا يتجزأ . ويتفرع على ذلك أنهُ اذا كان للبائع ورثة عديدون جاز رفع الدعوى على أحدهم وكان له هو أن يدخل باقي الورثة ضماناً معهُ

أما لو كان المقصود من دعوى الضمان تعويض الضرر أي الحكم بمبلغ معين فالدعوى قابلة للتجزئة بلا نزاع

سقوط الضمان بمضى المدة

١٤٤١ — جرت المحاكم أولاً على أن الضمان يسقط بمضى ٥ سنين لأن المشتري يكتسب بهذه المدة حق الملك على العقار بسبب آخر غير سبب البيع وهو وضع اليد ولا يمكن عدلاً أن يستمر ضمان البائع الى ما لا نهاية له بل لا بد من وجود حدّ له وهو الخمس سنوات التي تكسب المشتري الملك بوضع اليد على العقار — دشنا الجزئية ١٩ أغسطس سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٨٣ وجلاد مادة ٣٠٠

وهذا رأي لا أساس له فمنشأ دعوى الضمان إما استحقاق العقار وإما التعرض للملك ومنازعة المشتري في الحيازة وهذان الأمران اذا حصلا فاستحق العقار فعلاً أو كان المتعرض محقاً في تعرضهِ كان ذلك دليلاً قاطعاً على أن تملك العقار بمضى الخمس سنين لم يكن جائز الاحتجاج بهِ على الغير لعدم توفر شروطه فهو ساقط وحينئذٍ يلزم البائع الضمان أما اذا لم يكسب مدعى الاستحقاق أو المتعرض دعواه فلا محل لضمان البائع

١٤٤٢ — لهذا عدلت المحاكم عن الرأي السابق وقررت أن البائع ضامن للمبيع ودعوى الضمان لا تتولد الاّ حين المنازعة من الغير ومن تاريخ المنازعة تبتدئ المدة المقررة لسقوط حق الرجوع على الضامن وهى المدة الطويلة (١٥ سنة) فاذا لم تمر هذه المدة حق للمشتري الرجوع على البائع وكان البائع ضامناً — الموسكي الجزئية ٦ فبراير سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص ٢٣٢ وجلاد مادة ٣٠٠ وانظر أيضاً حكم ٩ يونيه سنة ٩٢ الحقوق ٧ ص ١٧٧ جلاد مادة ٣٠٠

الأمر الثالث — فى وجوب تعويض الضرر الناشىء عن الاستحقاق

١٤٤٣ — يجب على البائع اذا لم ينجح فى دعوى مدعى الاستحقاق ان يعوض المشتري عن الضرر الذي يناله من ثبوت الاستحقاق ونزع المبيع من تحت يده اللهم الاّ اذا قصر المشتري فى استدعائه بصفة ضامن ثم برهن البائع على أن خسران الدعوى نشأ عن سوء دفاع المشتري كما مرَّ الكلام

وهذه الدعوى قابلة للتجزئة كما قدمنا فترفع من بعض الورثة على بعض . ويتبين من ذلك ان دعوى الضمان المرفوعة بصفة أصلية هى دعوى قابلة للتجزئة لأن موضوعها تعويض الضرر والزام البائع بدفع مبلغ من النقود

ولما كان نزع الملكية يتناول كل المبيع أو بعضه وجب الكلام على كل حالة من هاتين الحالتين على حدتها

الحالة الأولى — فى استحقاق كل المبيع
(أو انتزاع المبيع)

١٤٤٤ — اذا نزعت ملكية المبيع بأكمله فسخ البيع وألزم البائع برد الثمن والتعويضات — « مادة ٣٠٤ »

وانتزاع العقار كله أو بعضه هو تخلية العقار بغير ارادة المشتري اذا اعتدى عليهِ شخص بالقوة أو بارادته اذا تبين له جلياً حق المستحق أو جبراً عنهُ بحكم القضاء

فى رد الثمن

١٤٤٥ — على البائع ان يرد الثمن الذي قبضه عند استحقاق المبيع لأنه يصبح بلا سبب قانونى تحت يده وذلك لأن المشتري كان دفع الثمن تنفيذاً لعقد بيع لم ينقل له الملك وهو الغرض من الشراء فكأنه دفع شيئاً غير مستحق عليهِ وله استرداده

١٤٤٦ — قلنا ان للمشتري من المشتري الأول الحق فى مداعاة البائع الأول مباشرة بالضمان وقد يتفق انهُ اشترى بثمن أقل مما اشترى بهِ بائعه ففي هذه الحالة

ليس للمشترى الثانى أن يسترد من البائع الأصلى سوى ما دفعهُ من الثمن فقط ولو ان البائع الأصلى المذكور قبض أزيد من ذلك . كذلك اذا كان اشترى بثمن جعل بصفة ايراد مرتب لمدة الحياة فليس له أن يسترد الاَّ ما دفع من الأقساط إِذ ليس للمشترى أن يسترد أزيد مما دفع

في رجوع المشترى بثمن أزيد

١٤٤٧ — أما اذا اتفق أن المشترى الثانى اشترى من بائعه بثمن أزيد مما اشترى به بائعه فنى الأمر تفصيل نبينه فيما يأتى

أ — اشترى زيد منزلاً من خالد بمبلغ ١٠٠٠ جنيه وأداه اليه ثم باع زيد المنزل بمبلغ ١٢٠٠ جنيه لبكر فاستحق العقار على بكر لسبب ناشىء عن فعل البائع الأول فهل لبكر مطالبة البائع الأول بجميع الثمن الذى دفعه

من الثابت أن خالداً ضامن المبيع لزيد المشترى الأول وزيد ضامن لبكر المشترى الثانى فلبكر حق الرجوع فى مبلغ ١٢٠٠ جنيه على زيد لأنه أداها اليه ومتى رد زيد هذا المبلغ فله حينئذٍ أن يرجع به على خالد ولكن باعتبار أن ١٠٠٠ جنيه ثمن المنزل و ٢٠٠ جنيه تعويضاً . وحيث كان الأمر كذلك فلبكر أن يطالب مباشرة خالداً البائع الأول بكل ما يجوز لزيد ان يطالبه به

ب — ولكن قد يتفق ان البائع الأول (خالداً) غير ملزم بالتضمين كأن كان المشترى منه (زيد) اشترى المبيع وهو يعلم أنه ليس ملك البائع فإِنه لا يلزم البائع غير رد الثمن فقط (مادة ٢٦٥ أهلى) . وعلى ذلك ليس لبكر أن يطالب خالداً بغير ١٠٠٠ جنيه . أما المائتا جنيه الزائدة فله أن يرجع بها على من باع له مباشرة (زيد) على أنها باقى الثمن الذى اشترى به — انظر بودرى المطول فقرة ٣٧٠١

الرجوع بالثمن المحول

١٤٤٨ — اذا دفع المشترى الثمن لدائن البائع بطريق التحويل فله أن يسترده من المحول عليه اذا استحق عليه العقار باعتبار أنه دفع اليه شيئاً بغير استحقاق لا باعتبار أن المحول اليه ضامن لأنه ليس ببائع . وعلى ذلك فالدعوى التى ترفع هى

دعوى استرداد الثمن الذى دفع بغير استحقاق[1] لا دعوى ضمان فإن انتزاع العقار من المشترى جعل الثمن تحت يد المحول اليه بلا سبب (مقصد)

وهذا الحق ليس بمانع للمشترى من الرجوع بالضمان على البائع وطلب الثمن اذا لم يدفعه اليه المحول اليه وكذلك طلب التضمينات على حسب الأحوال — أنظر مادة ٤٠٤ مرشد الحيران

استرداد الثمن بأكمله

١٤٤٩ — والمشترى يطلب الثمن بطريق الاسترداد لا بصفة تعويضات عند ما يستحق المبيع. ولهذا كان له ان يطلبه بأكمله ووجب رده اليه بتمامه ولو نقصت قيمة المبيع عند الاستحقاق عن الثمن الأصلى بأى سبب كان كما تقضى بذلك مادة ٣٠٦ أهلى

وقوله ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان يجعل أسباب نقص قيمة المبيع داخلة فى حكم المادة المذكورة . وفى الواقع لا محل للتفريق إزاء نصها الصريح بين ما اذا كان المبيع موجوداً بأكمله فنقصت قيمته لسبب من الأسباب . أو هلك بعضه فنقصت قيمته كردم مصرف بجوار أرض أو سد طريق مجاور لمنزل أو تلف المنزل بحريق أو عطب القمح لتسويس وهكذا

كذلك يرد البائع الثمن بتمامه للمشترى ولو كان نقص القيمة ناشئاً عن اهمال المشترى . وعلة ذلك أن المشترى لا يسأل عن اهماله شيئاً مملوكاً له كما يرده بتمامه ولو كان المشترى أتلف عمداً جزءًا من المبيع لأنهُ كان مالكاً وللمالك أن يتصرف فى ملكه كما يشاء ولأنه لا يحق لبائع أن يحجز جزءًا من ثمن شيء دفع اليه مقابل نقل ملكيته فلم تنقل بسبب ظهور استحقاقه للغير

خصم قيمة التلف الذى عاد بمنفعة

١٤٥٠ — ولكن ما القول اذا أحدث المشترى بالمبيع تلفاً فحصلت له منفعة منه كأن هدم بناء منزل اشتراه وباع الأنقاض وأخذ ثمنها

والجواب أن قيمة الانقاض تطرح من ثمن المبيع الواجب رده بناء على قاعدة أن ليس للانسان أن يغتنى من مال غيره وهذا الرأى وارد صراحة فى مادة ١٦٣٢

(١) *Action en répétition de l'indû*

من القانون الفرنساوى ولم ينص عليه فى قانوننا ولكن القاعدة واجبة السريان لأن ذلك هو العدل

خصم قيمة ما استرده المشترى

١٤٥١ — كذلك للبائع أن يخصم من الثمن قيمة ما يكون استرده المشترى منه لسبب من الأسباب القانونية الموجبة لذلك . فاذا كان المشترى استرد جزءًا من الثمن طبقاً لأحكام المادتين ٣١٨ و ٢٩١ أهلى أى لوجود عيب فى المبيع أو عجز فى المقدار فليس له أن يسترد مرة ثانية ما سبق أخذه

كذلك لو دفع طالب الاستحقاق للمشترى ثمن التصليحات التى يكون أجراها البائع فى المبيع فمن الواجب انقاص قيمتها من الثمن الذى يسترده من البائع حتى لا يردّ للمشترى أزيد مما دفع — بودرى المطول فقرة ٣٧٣

تنقيص الثمن فى بيع حق الانتفاع

١٤٥٢ — ما حكم رد الثمن فى حالة استحقاق المبيع اذا كان البيع وارداً على حق انتفاع أو على ايراد مرتب لمدة الحياة ثم انتزع هذا الشىء من المشترى بعد أن انتفع به زمناً ؟ .

الواجب هو تنقيص الثمن بنسبة مدة الانتفاع ولو أن نص المادتين ٣٠٤ و ٣٠٦ أهلى عام. وعلة ذلك أن المشترى الذى اشترى حق الانتفاع قد اشترى فى الواقع الحق فى التمتع بالأموال المقرر عليها حق الانتفاع لمدة تنقضى بانقضاء حياته . فاذا كان هذا المشترى تمتع بحقه زمناً ما فالاستحقاق لم يكن كاملاً ويجب أن تسرى عليه حينئذٍ قواعد الانتزاع (الاستحقاق) الجزئى لا قواعد الاستحقاق الكلى ولأنه ليس للانسان أن يغتنى من مال غيره فان الثمن الذى دفعه المشترى يستهلك سنوياً بجنى الثمرة أو قبض المرتب وذلك كان يجعله مستهلكاً بأكمله عند انقضاء مدة الانتفاع فيجب أن يستهلك بعضه بقدر المدة التى حصل فيها الانتفاع المذكور لأن المشترى يكون أخذ جانباً من الثمن وليس له أن يأخذه مرة ثانية

فى التضمينات

١٤٥٣ – قرر القانون عند وجوب الضمان أن يرد البائع الثمن مع التضمينات (انظر مادة ٣٠٤) . فالمشترى حينئذٍ أن يطالب البائع بتعويض خلاف الثمن . ولكن التعويض غير مستحق فى جميع الأحوال فشرطه أن يكون المشترى حسن النية أى لا يعلم بأن المبيع غير مملوك للبائع

وهذا هو الفارق بين رد الثمن وطلب التعويض فبينما شرط حسن النية غير لازم لاسترداد الثمن إذا هو لازم لطلب التعويض كما تقضى بذلك المادة ٢٦٥ أهلى فراجعها

أما البائع فلا يهم حسن نيته أو خبثها . غاية الأمر ان حسن النية قد يكون له أثر فى تقدير قيمة التعويض

١٤٥٤ – وعلى هذا يلزم لوجوب التعويض فى حالة الاستحقاق أن تتوفر الشروط الآتية :

١ – أن يكون سبب انتزاع المبيع (استحقاقه) حقاً عينياً

٢ – وأن يكون موجوداً وقت البيع أو بعده ولكن بفعل البائع

٣ – وأن لا يكون البائع أعلم المشترى به وأن المشترى يجهله – دو هلس فقرة ٢١٥ بيع ج ٤ ومادة ٣٠٠ و ٢٦٥ أهلى .

١٤٥٥ – وقد حكم بأن علم المشترى بخطر الاستحقاق يمنعه من المطالبة بتعويض ضرر كان يجب عليه ملافاته . فمن اشترى عقاراً مشتركاً من أحد الشركاء مع علمه بحالة الشيوع ليس له عند استحقاقه إلاَّ أن يسترد ثمنه وفوائده من وقت ادائه اذا لم يكن استغل العقار – مختلط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٤٥٢ مجموعة ثانية

١٤٥٦ – وبأن الضمان يزول فيما يتعلق بالتعويض اذا كان المشترى يعلم وقت البيع بخطر الاستحقاق ولكن البائع يكون مع ذلك ملزماً بالتعويض اذا كان يعلم هو بأسباب الاستحقاق غاية الأمر ان للمحاكم فى هذه الحالة أن تخفف مقدار التعويض

الذى تحكم به — مختلط ١١ مايو سنة ١٨٩٧ فقرة ٤٧٣١ مجموعة أولى

مشتملاتها ١٤٥٧ — بينت المادة ٣٠٥ مشتملات التعويض التى يجوز للمشترى طلبها من البائع وهى رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف وما صرفه المشترى على المبيع والرسوم المنصرفة منه فى دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان وجميع الخسارات الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً التى حرم منها بسبب نزع الملكية منه

رسوم العقد ١ — فرسوم العقد وما يتبعه من المصاريف تشمل ثمن التمغة اذا دفع ورسوم التسجيل ومصاريف فك الرهن اذا كان دفعها المشترى. وسبب تكاليف البائع بردها ان المشترى دفع هذه المصاريف ليصير مالكاً للمبيع والبائع لم ينقل له ملكيته فوجب عليه أن يرد له جميع هذه المصاريف

رسوم دعوى الاستحقاق والضمان ٢ — اذا أقيمت دعوى استحقاق على المشترى كان له كما سبق ايضاحه أن يدخل البائع ضامناً فى دعوى الاستحقاق أو يرفع عليه دعوى الضمان بطريق أصلى بعد الحكم فى دعوى الاستحقاق فالمصاريف التى يكون دفعها المشترى فى هذا الشأن لأقلام الكتاب تجب على البائع وللمشترى أن يطلب استردادها منها

أما إلزام البائع بمصاريف دعوى الضمان الفرعية فمما لا ريب فيه . وقد يتطرق الشك فقط لمصاريف الدعوى التى ترفع بطريق أصلى لأنه كيف يجوز تكاليف البائع بدفع رسوم ومصاريف دعوى الاستحقاق وهو لم يكن خصماً فيها ولكن نص المادة ٣٠٥ عام ولم يدع محلاً للتفريق فيجب على البائع دفع مصاريف دعوى الاستحقاق ولو لم يدخل خصماً فيها ما عدا الحالة التى سبق فأوضحناها وهى حالة ما اذا برهن البائع على أن خسارة دعوى الاستحقاق ناشئة من سوء دفاع المشتري وتقصيره فى استحضاره ضامناً

الخسارة والربح ٣ — للمشترى أن يطالب كذلك البائع بما صرفهُ على المبيع و بتعويضات تختلف باختلاف ظروف وأحوال كل دعوى وهى التى عبر عنها القانون بقوله جميع الخسارات الحاصلة للمشترى والأرباح المقبولة قانوناً التى حرم منها بسبب نزع الملكية منـه —

وعلى ذلك تقدرها المحاكم بحسب القواعد العامة الواردة فى مادة ١٢١ أهلى . فمن اشترى منزلاً لاعداده محلاً تجارياً وصرف مصاريف جسيمة فى زخرفته واقامة معداته ووضع كهرباء لإنارته وغير ذلك ثم استحق المنزل وجب على البائع تعويضه عما صرفه على المحل المذكور وعن الربح المقبول قانوناً الذى حرم منه . كذلك لو أنشأ مصارف وشق مساقى بأرض وزرعها ثم انتزعت منه كان له أن يطالب بقيمة جميع ذلك بحسب ما هو مفصل فى مادتى ١٢١ و١٢٢ أهلى فقد طبقت المادة ٣٠٥ تلك القواعد العامة بأن قررت احتساب ما صرفه المشترى على المبيع وجميع الخسارات الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً من ضمن التضمينات

فى رد الثمرة

١٤٥٨ — هل يرد البائع للمشتري ثمرة العقار الذى انتزع من تحت يده ويكون ألزم بدفعها هى أو قيمتها للمالك المستحق ؟

ووجه الشك معرفة الحالة التى يتأتى فيها إلزام البائع بذلك . فمن المعلوم ان المشترى إما أن يكون حسن النية او سيئها . فاذا كان حسن النية ملك الثمرة بلا نزاع وكان غير ملزم بردها لمستحق العقار وعلى ذلك لا وجه لطلبها من البائع — أنظر مادة ٥٩٤ فرنسى

واذا كان سيئ النية ألزم برد الثمن للمستحق ولم يكن له حق فى استرداد قيمتها من البائع فإن سوء القصد يحرمه من كل تعويض — مادة ٢٦٥ أهلى

فمتى يحصل اذن ان يلزم المشترى برد الثمرة لمالك العقار الذى استحقه ؟

والجواب ان المشترى يكون له الحق فى طلب التعويض إذا كان حسن النية وقت الشراء عملاً بنص المادة ٢٦٥ اهلى ولكن حسن نيته حينئذٍ لا يجعله مستحقاً لثمرة المبيع وغلته الى حين الحكم باستحقاقه فهو لا يملك الثمرة الاَّ اذا كان يستغلها كذلك بحسن نية . فمن يوم ظهور ان المبيع غير مملوك لبائعه ينقطع الاعتقاد بحسن نيته فى الاستغلال كما اذا أنذره المالك باستحقاقه للمبيع

وعلى هذا فان المشترى ملزم برد الثمرة للمالك من يوم انتهاء الاعتقاد بحسن نيته

ومتى كان الأمر كذلك وجب الزام البائع برد الثمرة المذكورة للمشترى . يستفاد مما تقدم أن محل ذلك الثمرة التى يدفعها المشترى من وقت مطالبته بالاستحقاق لأنه متى كان واضعاً يده بحسن نية ملك الثمرة وبناء على ذلك لا يدفعها للمستحق . واذا كان سيىء النية ودفعها للمستحق فليس له الرجوع على البائع وذلك يكون فى حالة ما اذا كان يعلم وقت البيع ان المبيع غير مملوك للبائع — مادة ٢٦٥ أهلى

أما اذا كان المشترى يعتقد وقت البيع صحة ملكية البائع فله طلب التعويضات بحسب ما يبناه فى موضعه ثم يبقى حسن النية فى امتلاك الثمرة حتى يبدأ المالك المستحق فى المطالبة بملكه

ويستخلص من ذلك ان للمشترى حفظ ثمرة المبيع اذا كان حسن النية . وليس للمستحق أن يطالبه بها . ولا عليه أن يردها للبائع . ولا على البائع أن يدفع له فوائد الثمن . فكل منهما يملك ثمرة استغلال العوض الذى تحت يده حيث كان كل منهما يستغله تنفيذاً لعقد البيع . أما اذا ألزم المشترى بأداء الثمرة للمستحق وجب على البائع تعويض المشترى عنها

فى التضمينات الاخرى

١٤٥٩ — وفوق ما تقدم من القواعد العامة نصت المواد ٣٠٧ و٣٠٨ و٣٠٩ أهلى على أحوال أخرى واحتسبتها من التضمينات

زيادة قيمة المبيع

فإذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه فتحسب تلك الزيادة من ضمن التضمينات (مادة ٣٠٧). مثال ذلك عقار ارتفع ثمنه لغلو الأسعار أو لانشاء شارع بجواره

ونص المادة يفيد أن الزيادة فى القيمة أياً كان سببها تدخل فى التضمينات ويجب على البائع رد قيمتها للمشترى مع الثمن ولو حصلت بلا دخل للمشترى فى حصول الزيادة لعموم نص المادة ولما يستنتج من حكم المادتين ٣٠٨ و٣٠٩ اللتين توجبان على البائع دفع مصاريف الاصلاحات النافعة أو الكمالية إذا كان مدلساً — « أنظر أيضاً مادة ١٦٣٣ ف

ويلاحظ هنا ان المشترى يسترد الثمن بأكمله ولو نقصت قيمة المبيع عن ثمنه

(مادة ٣٠٦) ويستفيد من الزيادة اذا حدثت بعد البيع (مادة ٣٠٧) . وسبب ذلك أن البائع مقصر ويجب عليه تعويض المشترى عن كل ما ينشأ من الضرر عن تقصيره

١٤٦٠ — اذا نقصت مساحة أرض مبيعة بسبب جريان النيل ثم زادت من الطمى فى جهة أخرى وجب احتساب الزيادة من النقص وبعد ذلك اذا تبين أنه لا يزال هناك نقص أو زيادة فيرجع للقواعد السابقة

١٤٦١ — والزيادة فى قيمة المبيع قلت أو كثرت كثرة باهظة تحتسب من ضمن التضمينات لأن نص المادة ٣٠٧ صريح فى احتساب كل ما زاد فى قيمة المبيع عن ثمنه . ويلاحظ ان فى هذا شذوذاً عن القاعدة العامة المدونة فى المادة ١٢٢ وهى عدم ملزومية المدين الا بما كان متوقع الحصول عقلاً وقت العقد ولكنه شذوذ بنص القانون — أنظر بودرى المطول ٣٧٧

١٤٦٢ — وإنما يتعين أن تكون الزيادة سابقة على طلب الاستحقاق. فلا حق للمشترى فى التعويض الا إلى تاريخ طلب الاستحقاق المذكور وعلى ذلك لا حق له فيما ينشأ من الزيادة أثناء سير دعوى الاستحقاق لأن الحكم يستند مفعوله الى تاريخ الطلب فى الدعوى

احكام

١٤٦٣ — حكم بأن للمشترى الذى تغلب عليه مشترآخر بعده أحكام بواسطة تسجيل عقده الرجوع على البائع وطلب رد ما دفع من الثمن مع تعويض مساوٍ للفرق بين الثمن الذى اشترى به والثمن الذى يساويه العقار — ويمكن للمحكمة أن تقدر هذا التعويض بالفرق بين الثمن الذي اشترى به المشترى الأول والثمن الذى اشترى به المشترى الثانى السابق فى التسجيل — الاستئناف ١٨ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٣٦ وجلاد مادة ٣٠٥

١٤٦٤ — فاذا كانت الأرض مما لا ريع له اقتصر حق الضمان على طلب الثمن وفوائده القانونية من تاريخ دفعه — مختلط ١٠ ابريل سنة ١٩٠٢ فقرة ٤٤٦١ مجموعة ثانية

١٤٦٥ —وإذا صرح فى عقد البيع بأن المشتري عالم بخطر الاستحقاق وتقدر المبلغ الذي يدفع عند الاستحقاق فليس المشتري ان يطالب بشيء زائد عن المبلغ المتفق عليه

« مختلط ٧ مايو سنة ١٩٠٣ فقرة ٤٤٦٢ مجموعة ثانية »

١٤٦٦ — وقد حكم بأنه لا يمكن أن تتخذ الأسعار الوقتية أو الاحتمالية فى زمن مضاربات أساساً لتقدير قيمة الزيادة التى يراد منحها للمشتري بصفة تعويض —

« مختلط ٢٦ مايو سنة ١٩٠٨ فقرة ٤٤٧١ مجموعة ثانية »

مصاريف التصليحات والتحسينات

١٤٦٧ — الاصلاحات اما أن تكون ضرورية أو نافعة أو كمالية . وقد أشارت إلى ذلك المادتان ٣٠٨ و ٣٠٩ وتكلمتا على المصاريف التى يلزم البائع بها مما يكون صرف على المبيع من هذا القبيل . وحيث كان نصهما غير واضح فلا مندوحة من الرجوع للقواعد العامة والاستعانة بأحكامها على تفسير ما غمض فنقول

للمشترى الحق فى مطالبة البائع بتعويضه عن قيمة الترميمات والتصليحات والتحسينات التى يكون قد أجراها هو بالعين المبيعة . ويستفاد من نص المادة ٣٠٨ أن المالك المستحق قد يلزم بدفع بعض المصاريف ومتى دفعهـا أخلى منها البائع طبعاً وأن البائع يلزم بدفع المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع . ولبيان ذلك نقول ان القانون يشير الى تقسيم النفقات والتصليحات الى ثلاثة أقسام : ١— نفقات على مرمات ضرورية ٢ — ونفقات على اصلاحات نافعة ٣ — ونفقات على اصلاحات كمالية . ثم بين ما يلزم البائع منها وما يلزم المالك المستحق وهاك البيان

فى نفقات المرمات الضرورية

١٤٦٨ — هذه النفقات تلزم المالك المستحق بأكملها لأنه لو كان العقار تحت يده لاضطر لاجرائها حيث هى لازمة لصيانة العقار كبناء حائط تداعى الى السقوط وكان انقضاضه يؤدي الى هدم المنزل فاعادة بنائه صانت العقار ومنعت هدمه أو حالت دون ما يصيبه من ضرر واستفاد المالك المستحق من ذلك فوجب عليه أن يدفع القيمة حتى لا يغتنى بمال غيره . وهذا ما يستنتج من نص المادة ٣٠٨ أهلى

فى الاصلاحات النافعة

١٤٦٩ — على المستحق أن يدفع من قيمة هذه النفقات بقدر ما أصاب العقار

من التحسين وزيادة القيمة بشرط أن لايدفع مصاريف أزيد مما صرف حقيقة اذا تبين ان قيمة التحسين زادت عن مقدار المصاريف التي صرفت . وذلك عملاً بالمبادىء العامة غير أنه لما كان البائع ملزماً بردّ قيمة الزيادة ولو زادت عن المصاريف (مادة ٣٠٧) وجب عليه أن يدفع الفرق بين المصاريف المنصرفة حقيقة و بين زيادة القيمة لأنه المسئول عن الضمان وعليه أن يعوض المشتري عن كل ضرر يلحقه من الاستحقاق . ولهـذا فانهُ يستنتج من مادة ٣٠٨ أهلي أن مدعى الاستحقاق ملزم بمصاريف التحسينات النافعة التي يترتب عليها زيادة فى قيمة العقار ولكن لما كان غير ملزم بحسب القواعد العامة الاَّ بأن يدفع ما صرف حقيقة فعلى البائع أن يدفع الفرق الناقص لأنه ملزم بجميع المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع — مادة ٣٠٨

ومثال التحسينات النافعة هو انشاء مصرف فى أرض يضرها النشع أو تركيب آلة بخارية لريها أو بناء مساكن للزراع أو حرث ارض قفر وهكذا

١٤٧٠ — ولمن صرف المصاريف الضرورية على العين أو المصاريف اللازمة لصيانتها حق حبس العين — مادة ٦٠٥ أهلي

١٤٧١ — وقد حكم بأنه لما كان للمشتري أن يطالب المالك المستحق للمبيع بقيمة النفقات الضرورية والنافعة بقدر ما عاد عليه من النفع جاز له أن يحبس العين تحت يده — مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٤٥٨ مجموعة ثانية

التحسينات الكمالية

١٤٧٢ — فى نفقات الزخرف والزينة والتحسينات الكمالية — مثال هذه النفقات هو وضع رمل فى طرقات بستان أو وضع زجاج ملوّن فى نوافذ منزل

وهذه المصاريف لا يلزم بها مدعى الاستحقاق مطلقاً

أما البائع فان كان حسن النية فغير ملزم بهـا لأنها كماليات تعمل عادة لمنفعة واضعها وله أن يأخذ منها ما يمكن نزعه بغير تلف

أما اذا كان البائع مدلساً وجب عليه دفعها بتمامها ولو كانت منصرفة فى تزيين المبيع وزخرفته — أنظر مادة ٣٠٩ أهلي

تنبيه — قارن فيما تقدم أحكام القانون المصرى بأحكام القانون الفرنسى لزيادة الايضاح

١٤٧٣ — سبق أن قلنا بأن البائع لا يلزم برد فوائد الثمن لأن المشترى عوّض رد فوائد الثمن عنها بثمرة المبيع غير أنه لو كان المبيع لا يثمر أو استحق العقار قبل أخذ الثمرة ولم ينتفع المشتري به نفعاً يساوي فائدة المبلغ فانه يخسر اذا لم ترد له فوائد الثمن وهذا حكم بأن الفوائد ترد له بصفة تعويض — محكمة النقض الفرنسية ٢٩ يوليو سنة ١٨٥٨ وجويلوار ولوران

الحالة الثانية — فى استحقاق بعض المبيع

(أو الاستحقاق الجزئى)

١٤٧٤ — استحقاق بعض المبيع كاستحقاقه كله حكماً كما قرر ذلك الشارع فى مادة ٣١٠ مدنى أهلى (٣٨٤ مختلط)

ولقد أشارت هذه المادة الى حالتين مختلفتين من أحوال الاستحقاق الجزئى وهما :

أولاً — حالة نزع ملكية جزء معين من المبيع أو جزء شائع فيه

ثانياً — ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الاعلام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع

ولنتكلم على كل حالة منهما على انفرادها :

ا — فى انتزاع جزء معين أو شائع

١٤٧٥ — ان استحقاق بعض المبيع للغير معناه ان البائع لم يقم بوفاء تعهده بأكمله ولذلك يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لعدم الوفاء أخذاً بالقاعدة العامة القاضية بأن الشرط الفاسخ مقدر فى جميع العقود الملزمة للجانبين اذا لم يفِ أحدهما بما تعهد به فللمشترى الذى انتزعت ملكية بعض ما اشتراه أن يطلب من المحكمة الحكم بفسخ البيع لعدم الوفاء بجزء من المتعهد به

ولقد نصت على ذلك المادة ٣١١ أهلى غير ان القانون وان أعطى هذا الحق

للمشترى لأنه هو الذى يتضرر من عدم الوفاء التام الاَّ أنه لم يطلق له الحق فى طلب الفسخ بسبب استحقاق اى جزء من المبيع وان قل بل قيده بأن اشترط ان يكون الجزء المنتزعة ملكيته بحالة لو علمها المشتري لامتنع عن الشراء — راجع العبارة الاخيرة من المادة

١٤٧٦ — وتقدير ما اذا كان الجزء المنتزعة ملكيته هو بحالة لو علمها المشتري لامتنع عن الشراء من المسائل التى تتعلق بالوقائع فيترك الفصل فيها للقضاء وهو يرجع فى تقديرها غالباً لآراء الخبراء

فاذا اشترى شخص أرضاً لاقامة معمل لحلج القطن فاستحق بعضها وصار الباقى لا يفى لاقامة المبانى اللازمة للمعمل جاز للمشتري ان يطلب فسخ البيع

ولو سعى بائع محل تجارة فى جلب عدد كبير من زبائن المحل المبيع جاز للمشتري كذلك ان يطلب الفسخ لأن هذا النقص حدث بفعل البائع

اما اذا كان الجزء الباقى فى المثل الأول لا يضرّ بالبناء بحيث يمكن اقامة جميع مستلزمات المعمل عليـه اوكان التاجر زاحم المشتري مزاحمة ليست بذات أهمية فالفسخ غير جائز

١٤٧٧ — كذلك لا يجوز الفسخ ولو كان الجزء المنتزعة ملكيته بالحالة السابقة اذا كان الفسخ يضرّ بحقوق الدائنين برهن (أنظر مادة ٣١١) وطبعاً المقصود بذلك دائنو المشتري إذ يترتب على الفسخ ضياع حقهم العينى

١٤٧٨ — وللمشتري ان يبقى البيع باختياره فى حالة الاستحقاق الجزئى وان يطلب قيمة الجزء الذي انتزعت ملكيته منه بالكيفية التى سنبينها بعد أو يطلب فسخه — «أنظر مادة ٣١١ أهلى»

خيار المشترى فى الفسخ أو ابقاء البيع

١٤٧٩ — فإذا أبقى المشترى المبيع. أوكان لا يجوز له فسخه إضراراً بحقوق الدائنين المرتهنين رهناً عقارياً. أو طلب الفسخ فلم ينجح فى دعواه. أو كان الجزء المستحق أو حق الارتفاق على المبيع ليس بحالة تجيز فسخ البيع. جاز للمشترى أن

يطلب من البائع قيمة الجزء المستحق بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق او تعويضات تقدرها المحكمة فى حالة ثبوت حق الارتفاق — أنظر مادة ٣١٢ أهلى

فاذا فرضنا أن المبيع كله او الجزء المستحق منه زادت قيمته فى خلال المدة التى انقضت بين البيع والاستحقاق بأن كانت قيمة الجزء المنتزع وقت البيع ١٠٠ جنيه فصارت عند الاستحقاق ١٥٠ جنيهاً وجب على البائع أن يدفع له ١٥٠ جنيه

وهذا الحل موافق فى المآل لنص المادة ٣٠٧ أهلى التى تكلمت على زيادة قيمة المبيع فى حالة استحقاقه كله وقضت باحتساب قيمة الزيادة من ضمن التضمينات ولكنه على عمومه يشمل حالة النقص أيضاً . فاذا فرضنا من جهة أخرى أن القيمة نقصت بأن كانت قيمة الفدان ١٥٠ جنيهاً فأصبحت مائة عند الاستحقاق رد البائع القيمة الأخيرة لأنها قيمة المبيع عند الاستحقاق

١٤٨٠ — يستخلص من ذلك أنه عند انتزاع جزء من المبيع يكون للمشترى الحق فى قيمة الأعيان الحقيقية وقت الاستحقاق — مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٠١ فقرة ٤٤٦٠ مجموعة ثانية

ولكن يلاحظ أن حكم المادة ٣١٢ غير ملائم لنص المادة ٣٠٦ التى قررت بأنه فى حالة استحقاق المبيع كله يجب رد الثمن بتمامه ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان فكان الواجب أيضاً فى حالة الاستحقاق الجزئى أن يسترد المشترى من الثمن بنسبة ما استحق من المبيع بصرف النظر عن النقص

وعلة هذا التفريق غير واضحة فقد عللوا حكم الشارع فى المادة ٣٠٦ بأنه فى حالة استحقاق المبيع كله يبقى الثمن بلا مقصد شرعى فى يد البائع لانعدام محل البيع . وأما فى حالة استحقاق بعضه فللمبيع محل وعلى ذلك يكون للثمن مقصد شرعى ولكن فاتهم أنه يجب على البائع أن يعوض المشترى عما خسر نظير الجزء المستحق وهذه الخسارة يجب أن تكون مساوية لما استحق

وقد قال بعضهم اذا كان الثمن معتبراً بلا مقصد فى حالة استحقاق الكل فبعضه

يكون بلا مقصد فى حالة استحقاق البعض ولكنه رأى ضعيف لأنا قررنا بأن استحقاق البعض هنا يجب أن يكون بحالة لو علمها المشترى لما امتنع عن الشراء . فان كان القدر المنتزع جسيماً كان للمشترى طلب الفسخ واسترداد الثمن كاملاً

١٤٨١ — وحكم هذه المواد يسرى أيضاً على حالة نزع الملكية جبراً و بيع العقار بالمزاد لأن القانون لم يفرق بين البيع الاختيارى والبيع الجبري

ما يجب رده

١٤٨٢ — لم تبين المادة ٣١٢ أهلى ما يجب رده عند استحقاق بعض المبيع كما بينت ذلك مادة ٣٠٤ وما يليها الخاصة باستحقاق المبيع كله . على أن المشتري قد يصرف مصاريف على دعوبى الاستحقاق والضمان فى هذه الحالة أيضاً لهذا وجب علينا البحث فى ذلك :

قلنا اذا كان الجزء المستحق بحالة لو علمها المشترى لامتنع عن الشراء جاز له فسخ العقد (مادتا ٣١٠ و ٣١١) . فاذا طلب فسخه كانت النتيجة أن يؤخذ المبيع كله ويكون الحكم هنا هو حكم حالة الاستحقاق الكامل وللمشترى استرداد جميع ما تقضى به المادة ٣٠٤ وما بعدها

أما اذا أبقى البيع أو كان لا يجوز له فسخه عملاً بأحكام المادتين ٣١١ و ٣١٢ فهل يكون له الحق فى أخذ تضمينات مناسبة لما استحق بحسب التفصيلات الواردة فى مادة ٣٠٥ أهلى ؟ . لننظر

أما من جهة مصاريف دعوبى الاستحقاق والضمان فهى واجبة على البائع لأن سبب رفعها هو عدم وفائه بتعهده وعليه تبعة ذلك

ومن جهة رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف فعلى البائع أن يدفع للمشترى ما يصيب الحصة المستحقة من هذه الرسوم والمصاريف لأنه لا يصح أن يتحمل المشترى غير مصاريف الجزء الذى تناوله البيع الصحيح وما زاد عن ذلك فيدفعه له البائع بصفة تعويض

أما ما عدا ذلك من التعويض فلا يجوز للمشترى طلبه لأنه يترتب عليه أن يعطى

له باسم تعويضات قيمة أزيد من القيمة التى حددتهـا مادة ٣١٢ وهى قيمة الجزء المنتزع بالنسبة « لقيمة المبيع الحقيقية وقت النزع » . فكل شيء يعطى له خلاف ما تقدم يكون مخالفاً لحكم القانون الذى رأى فى قيمة الجزء المستحق تعويضاً كافياً مع اضافته للرسوم والمصاريف بحسب ما بيناه

ب — فى ظهور حق ارتفاق على المبيع

١٤٨٣ — حق الارتفاق إما أن يكون موجباً او سالباً بحسب تقرره لمنفعة عقار او ترتبه على العقار . والأصل ان حق الارتفاق حق عينى ملتصق بالعقار ينتقل معه سالباً كان او موجباً فهو من العقار كالصفة للشيء لا يجوز نزعها منه ويتبع العقار أينما كان . فللمالك ان ينتفع بحقوق الارتفاق التى للعقار وعليه ان يترك الغير ينتفع بها ان كانت على عقاره — راجع بودرى الوجيز ص ٨٨٨ ج ١ فقرة ١٦٤٣

فان كان حق الارتفاق موجباً بمعنى انه ترتب على عقار آخر لمنفعة العقار المبيع كحق المرور بأرض الجار او مدخل باب مشترك او الاستقاء من بئر مجاور ثم حرم منه المشتري كان ذلك عبارة عن استحقاق بعض المنفعة الواجبة بمقتضى العقد. كذلك اذا تبين ان عليه حق ارتفاق ولم يعلم به المشترى وما كان يظن انه يوجد كان ذلك سلباً لبعض الحق الواجب له بمقتضى التعاقد . مثال ذلك اشتراط عدم البناء على مسافة معينة أو عدم غرس أشجار أو التزام صرف مياه الأرض المجاورة وهذه الحالة الأخيرة هى التى أشار اليها القانون — مادة ٣١٠ أهلى

وقد أراد القانون بذلك أن يبلغ البائع المشترى جميع حقوق الارتفاق التى على العين المبيعة لأنها تنقص قيمة العقار فاذا كتمها كان عليه تبعة كتمانه

١٤٨٤ — وانما يشترط أن يكون حق الارتفاق بحيث لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء — انظر مادة ٣١٠ أهلى

وهذه مسألة وقائع متروكة لتقدير القاضى الذى يقدرها بحسب استعداد الشيء المبيع

فاذا أبقى المشترى البيع أو كان حق الارتفاق لا يجيز الفسخ كان له الحق فى تعويض تقدره المحكمة بحسب قيمة الشيء وقت استحقاقه — انظر مادة ٣١٢

١٤٨٥ — واذا كان حق الارتفاق ظاهراً فلا ضمان على البائع عند عدم الاخبار لأنه يكفى أن ينظر المشترى اليه فيراه لهذا قيد القانون حق الارتفاق بالحق الذى لم يكن ظاهراً وقت البيع — مادة ٣١٠

فاذا طالب أجنبى عن المتعاقدين بحق ارتفاق ظاهر كطلبه ابقاء صهريج أو بئر فلا حق للمشترى فى الضمان بدعوى انتزاع بعض المبيع — أنظر أيضاً حكم مختلط ٩ مارس سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٤٥٤ مجموعة ثانية

١٤٨٦ — والأرض الموجود عليها حق ارتفاق تعتبر جزءاً من العين الأصلية وتملك لمالك تلك العين . ولذلك اذا حصل الاعلام بحق الارتفاق ثم حصل اغتصاب الأرض السالفة الذكر أو الاعتداء عليها أو الافراط فى استعمال حق الارتفاق وجب على المشترى أن يدافع بنفسه عن حقوقه بصفته مالكاً ولا حق له فى الرجوع على البائع بشيء — مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ س١١ ص ١٤٦ فقرة ٤٤٥٣ مجموعة ثانية

١٤٨٧ — واذا علم المشترى بحقوق الارتفاق الخفية التى لم يحصل اعلامه بها وقت البيع من قِبل البائع فلا ضمان على البائع من أجلها لأنه غير ملزم باعلام مشتر يعلم حقيقة الحال — بودرى ص ٣٩٦ وأحكام محكمة بستيا فى ٢ أغسطس سنة ١٨٥٤ وليموج فى ١١ نوفمبر سنة ١٨٩١

ولكن يجب فى هذه الحالة أن يثبت العلم

١٤٨٨ — أما اذا لم يعلم البائع المشترى بجميع حقوق الارتفاق أو الحقوق العينية الخفية الموجودة على المبيع وقت البيع كان البائع ملزماً بالضمان . ولا يكفى لبطلان ملزوميته بذلك أن يكون المشترى بحيث كان يمكنه العلم بها بل يجب أن يكون قد علم بها بالفعل . و بناء عليه اذا كانت حقوق الارتفاق والحقوق العينية مبينة فى العقد الذى انتقلت بواسطته ملكية المبيع الى البائع فلا يعد مجرد ذكر تاريخ ونمرة تسجيل

هذا العقد فى عقد البيع دليلاً على علم المشترى بهذه الحقوق كما أنه لا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز اثبات علمه به طبقاً للمادة ٢١٧ مدنى لأن ذلك صادر من البائع نفسه — محكمة الاستئناف ٨ مارس سنة ١٩١٠ عدد ٣ ص ٦ مجموعة س ١٢

حقوق الارتفاق القانونية أو الطبيعية

١٤٨٩ — من المتفق عليه أن نص المادة ٣١٠ لا يشمل حقوق الارتفاق المترتبة بمقتضى القانون أو الطبيعية لأنها عبارة عن حق عام مفروض على العقارات وواجب على المشترى العلم بها بناء على قاعدة لا يعذر أحد بجهله القانون فلا حاجة لاعلامه بها من جديد

وعلى ذلك لو قرر البائع أن العقار خال من كل ارتفاق فإنما يقصد بذلك عدم وجود حق ارتفاق ناشئ عن شرط خاص وأنه أراد ضمان حقوق الارتفاق المترتبة على الأفعال أوبعبارة أخرى على التعاقد . فمما لا نزاع فيه أن لصاحب الأرض التى ليس لها اتصال بالطريق العمومى حق المرور بملك جاره المحيط له للوصول الى الطريق المذكور (مادة ٤٣ أهلى) . وعلى مالك الأسفل أن يجرى العمارات اللازمة فى بنائه لمنع سقوط العلو المملوك لغيره (مادة ٣٤ فقرة أولى) وهكذا . وأن من المنفعة العامة حقوق التطرق بالشوارع وحقوق الارتفاق التى تستلزمها ملكية الأملاك الأميرية او الأعمال الحربية (مادة ١٠) . فمثل هذه الحقوق لا يترتب عليها ضمان ويجب على المشترى ان يتحمل كل ما يترتب عليها بعكس ما اذا ظهر على المبيع حق ارتفاق ناشيء عن اتفاق — انظر بودرى المطول فقرة ٣٨٧

وجود حقوق أخرى عينية

١٤٩٠ — ولو ان المادة ٣١٠ قصرت الكلام على حق الارتفاق ولكن حكمها عبارة عن قاعدة عامة تنطبق فى جميع أحوال الضمان فتتناول جميع الحقوق العينية الخفية كحق الانتفاع وحق السكنى وكل حق عينى يترتب عليه نقص منفعة المبيع كالتعهد باستبقاء مدفن أو تقديم أرض بلا مقابل لانشاء شارع أو اعطاء أرض للتنظيم بلا تعويض — انظر بودرى فقرة ٣٨٨

ملحوظة — الحقوق الشخصية لا يترتب عليها ضمان لأن القانون صرح بالحقوق العينية

تأكيد البائع عدم وجود حق ارتفاق

١٤٩١ — ولو أن البائع غير ملزم بالضمان فى حالة وجود حق ارتفاق ظاهر ولكن لو أكد بائع للمشتري أن حق الارتفاق الظاهر غير مقرر بعقد وللمشترى ابطاله كمطل مفتوح على مسافة أقل من المسافة القانونيـة ثم تبين أن المنتفع كسب الحق فى فتحه بمضى المدة جاز للمشتري حينئذٍ طلب التعويض أو فسخ العقـد لأن تأكيد البائع هو الذي حمله على الشراء

النص على خلو العقار من كل ارتفاق

١٤٩٢ — والنص العام الوارد فى عقد بيع بأن العقار خال من كل ارتفاق يجعل البائع مسئولاً ولو كان حق الارتفاق ظاهراً لأن تقريره السابق يفيد أن حق الارتفاق غير مقرر بعقد وأنه عمل من أعمال التسامح التى يجوز للمشتري ان يرجع فيها — « محكمة النقض ٣٠ اكتوبر سنة ١٨٩٤ وبودرى ص ٣٩٩ »

حق ارتفاق موجب

١٤٩٣ — اذا أكد البائع أن للمبيع حق ارتفاق على عقار جاره فتبين أن ليس له حق الارتفاق المذكور كان للمشترى أيضاً طلب الفسخ اذا ظهر أنه لم يشتر الاَّ بمراعاة هذا الحق ولولاه لما اشترى (كأرض تصرف مياهها فى أرض الغير أو تروى من وابوره) لأنه اذا انعدم هذا الحق ضاع عليه بعض منفعة العقار المبيع ويكون البائع ضامناً لذلك

وهذا أمر لا خلاف فيه ولكن ما القول اذا تبين أن المشترى اشترى عقاراً له حق ارتفاق ظاهر على جاره كمطل على منزل الجار مفتوح على مسافة أقل من المسافة القانونية فظن المشتري أن المنزل حق ارتفاق على منزل جاره وبعد ذلك تبين للجار ان المطل واقع على مسافة أقلّ من المسافة القانونية فطلب سده وحكم بطلبه

والمعوّل عليه ان البائع ضامن لذلك ايضاً لأن المشترى اشترى الشيء بحالته الظاهرة وسكوت البائع عن ابداء حقيقة الأمر يفيد ضمناً أن حق الارتفاق موجود ولن يتغير . ويلاحظ ان هذا الرأي لا يؤخذ به الاَّ اذا تبين أن المشترى اشترى بمراعاة حق الارتفاق — محكمة النقض ٦ فبراير سنة ١٨٨٥ وبودرى ص ٤٠١

المبحث الثالث — فى الضمان المشروط

١٤٩٤ — ان الضمان الذى سبق لنا شرحه هو الضمان الواجب بنص القانون وأسميناه ضماناً قانونياً لأنه واجب ولو لم يشترطه المتعاقدان. قال القانون «ووجوب هذا الضمان لا يحتاج الى شرط مخصوص به فى العقد »

ولكن للمتعاقدين التعديل فى احكام هذا الضمان . زيادة أو نقصاً . أو اشتراط عدم الضمان أصلاً . لأن الأحكام السابقة لا تتعلق بالنظام العام ويسمى ذلك ضماناً مشروطاً لأن منشأه شرط المتبايعين لا نص الشارع . وقد أجازت ذلك المادة ٣٠١ فراجعها . وسنتكلم على ذلك فيما يلى

ا — فى الشروط المترتب عليها زيادة مشتملات الضمان القانونى

١٤٩٥ — يجب أن يكون اتفاق المتعاقدين مبيناً بجلاء ووضوح للأحوال التى يراد جعل البائع ضامناً لها إذا أريد اشتراط شروط زائدة عما اشترطه القانون

فالشرط الوارد بصفة عامة كشرط الضمان على البائع . أوعلى البائع الضمان من أى نوع كان قانونياً أو مشروطاً . أو وعليه ضمان كل تعرض أو نزاع أو استحقاق أو دين أو رهن أو بيع وغير ذلك من الموانع القانونية هى ضمانات عادية لا يترتب عليها زيادة مفعول الضمان القانونى ولا تقتضى زيادة فى حكم الضمان المترتب على البيع لو أغفل المتعاقدان ذكر هذه العبارات لأنها صيغ عامة مبهمة لا تدل على حالة أو واقعة معينة وعلى ذلك لا تزيد شيئاً فى شروط القانون لأنه من المقرر أنه فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه فائدة للمتعهد — مادة ١٤٠ اهلى

أما لو ضمن البائع حالة معينة كان ذلك عبارة عن شرط مشدد للضمان كاشتراط عدم انتزاع ملكية المبيع للمنافع العمومية . أو أن المبيع حائز لميزة خاصة كتقدير ايراده بمبلغ معين . أو أن مساقيه ومراويه سليمة . فكل حالة من هذا القبيل ينص عليها

المتعاقدان تكون عبارة عن شرط مشدد للضمان القانونى — انظر بودرى المطول فقرة ٣٩٣

١٤٩٦ — وفى العادة يلجأ المتعاقدان لهذه الشروط تحديداً لتطبيق أحكام الضمان وما يترتب عليه

فمثلاً فى حالة بيع المحلات التجارية معلوم أن البائع لا يجوز له أن ينشىء محلاً جديداً بكيفية تضر بالمحل الذى باعه لأنه يحرم عليه التعرض للمشترى فى الانتفاع بما اشتراه

ولما كانت مسألة الضرر موكولة لتقدير القضاء وتختلف احكامها باختلاف الظروف والحوادث — فانشاء المحل قد يضر ولو كان فى بلد غير البلد التى فيها محل التجارة كبيع وابور طحين فانه يجب ترك جميع البلاد التى تطحن به غلالها — ينص المتعاقدان على ان البائع لايجوز له انشاء محل جديد . وهذا الشرط جائز وليس فيه مساس بمبدأ حرية التجارة ما دام المنع محدداً فى مكان معين ولزمان معين

لا يجب الضمان الا فى حالة بيع المبيع نفسه

١٤٩٧ — اذا نزعت ملكية العقار الذى به محل تجارة (جدك) كقهوة نزع بناؤها للمنفعة العامة بقى حكم الضمان قائماً لأن مفعول البيع لا يزال سارياً وهو وارد على أدوات التجارة وامتعتها لا على البناء الذى توجد به القهوة وللتاجر أن ينقل الى مكان آخر كما كان ينقل لو انتهت اجارة المكان الذى به محل التجارة وارتأى أن يختار مكاناً آخر يظنه أوفق لتجارته . وانما ينتهى التزام البائع بالضمان اذا ترك المشترى التجارة نهائياً

١٤٩٨ — للمشترى من باطن المشترى الأول ان يتمسك بالتزام البائع بعدم انشاء محل جديد ما لم يكن هذا الالتزام خاصاً بشخص البائع لأنه يكون لمنفعة شخصية لايجوز ان تنتقل لغير من خصت به . ‌وواجب ان يبين ذلك بعبارة صريحة فى شروط العقد

لا ضمان فى حالة التأجير

١٤٩٩ — لا يترتب على التزام عدم انشاء محل مزاحم للمحل المبيع أن لا يؤجر البائع أماكن بالجهة التى باع فيها المحل الأول لشخص يريد أن يتاجر بنفس الشىء

فإن ذلك من أعمال الإدارة التى لا يشملها الالتزام المذكور ما دام البائع لم يكن شريكاً ولا منتفعاً بإدارة المحل التجارى

١٥٠٠ — اذا باع شخص أشياء مقلدة فضبطت وجرى التحقيق مع حاملها هل يجوز لحاملها المذكور أن يرجع بالضمان على البائع وبالتعويضات نظير ما اتخذ من الاجرا آت

الضمان فى حالة ضبط اشياء مقلدة

أما اذا كان المشترى حسن النية أى لا يعلم بتقليد الشىء المبيع فالبائع ضامن ضماناً قانونياً لأن ضبط الشىء المقلد وتحريم التصرف فيه على حامله هو انتزاع للمنفعة التى كان يقصدها منه

فاذا كان سيىء النية ويعلم بتقليد الشىء المبيع فهو شريك للبائع ولا يجب حينئذٍ على البائع الضمان ولو كان مشروطاً بنص صريح فى العقد لأن هذا الشرط باطل حيث يكون الغرض منه اعفاء مجرم من نتائج جرمه

ب — فى الشروط المنقصة

١٥٠١ — يجوز للمتعاقدين كما سبق القول الاتفاق على اعفاء البائع من بعض أحكام الضمان التى نص عليها القانون

فاذا باع زيد لعمرو عقاراً فى حيازته من خمس عشرة سنة تقريباً وقبل عمرو شراءه اعتقاداً منه بأن المدة الباقية على اكتسابه بمضى المدة الطويلة قصيرة وليس من المنتظر ان المالك يسترده جاز اشتراط عدم ضمان البائع فى عقد البيع عند الاستحقاق

كذلك اذا باع تاجر علامة بضاعته وأورى المشترى أنها تشبه علامة تجارة أخرى ويخشى أن يمنع من استعمالها فى المستقبل فقبل مع وجود ذلك الخطر جاز اشتراط عدم الضمان

ومثله بيع أرض يملكها البائع بشرط فاسخ لحيازته لعين بمقتضى بيع وفائى فيجوز له اشتراط عدم مسوئليته اذا دفع البائع بيعاً وفائياً الثمن واسترد العين

١٥٠٢ — اذا كان المشترى يعلم بالعيب الموجود بالمبيع وقت الشراء أو كان البائع أعلمه به ثم استحق المبيع فلا يجوز للمشترى طلب تعويضات فوق رد الثمن لأنه كان يعلم بالسبب الموجب للاستحقاق ومع ذلك أقدم على الشراء وهذا ماتقضى به المادة ٢٦٥ التى تشترط لاستحقاق الضمان للمشترى أن يكون حسن النيـــة معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع

ج — في اشتراط عدم الضمان

١٥٠٣ — أجازت المادة ٣٠١ للبائع أن يشترط عدم ضمانه للمبيع وبيّنا فيما مرّ (فقرة ١٤٩٥) أن الشرط العام « بالضمان » لا مفعول له ولا يترتب عليه زيادة أحكام الضمان ولكن على العكس من ذلك الشرط العام « بعدم الضمان » فانه يجوز باشتراطه ازالة التزام الضمان وحكمة ذلك أنه لايجاد تعهد يتحتم بيان محله بعبارة ظاهرة واضحة ولكن لإزالة تعهد قائم تكفى الإشارة اليه لأن التعهد المراد إزالته معلوم

١٥٠٤ — اذا وجد غموض فى عبارة عدم الضمان وجب الرجوع للقواعد العامة فى تأويلها وتفسيرها بحسب الغرض الذى قصده المتعاقدان — مادة ١٣٨ أهلى

وغنى عن البيان انه يجب فى حالة اشتراط عدم الضمان ان يكون النص واضحاً فى ان الغرض منه اعفاء البائع من الضمان القانونى عند الاستحقاق . فاذا ظهر من مطالعة العقد أن الغرض هو عدم ضمان أمر معين كأن اشترط تحصيل المشترى للايجار من تاريخ معين وعدم ضمان البائع لذلك كان الغرض اعفاء البائع من ضمان التحصيل فقط لا الضمان الواجب عند الاستحقاق. كذلك إذا اشترط عدم ضمان حقوق الارتفاق الخفية فان هذا الشرط يكون قاصراً على عدم ضمانها وحدها ولا تأثير له على الضمان المترتب على استحقاق الملكية وهكذا

تنبيه — لا يصح بحسب أحكام الشريعة الاسلامية اشتراط عدم ضمان البائع الثمن المبيع عند الاستحقاق ويفسد البيع بهذا الشرط — مادة ٣٩٨ مرشد الحيران

ومرجع ذلك ما هو مقرر عند الفقهاء من أن الشرط الذى لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكان به نفع لأحد العاقدين أو لآدمى غيرهما فهو فاسد — مادة ٢٨٨ مرشد الحيران

تقييده ١٥٠٥ — وشرط عدم الضمان ولو أنه شرط عام الا أنه لا يجرى على اطلاقه ولا يعفى البائع من كل التزام بالضمان فقد قيده القانون بقيدين: أولهما متعلق بالاستحقاق وثانيهما متعلق بما يجب رده

القيد الأول — نص القانون فى مادة ٣٠٣ على أن شرط عدم الضمان باطل اذا كان حق مدعى الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع ويتفرع على ذلك ان :

١ — البائع يكون ضامناً — مهما كان الشرط — كل استحقاق يترتب على حق يطالب به المشترى متعلقاً بالمبيع كطالبته بحق ارتفاق على المبيع لأرض امتلكها بالميراث مثلاً. فى هذه الحالة للمشترى أن يدفع الحق المطلوب منه بأن البائع ضامن لعدم النزاع وعدم التعرض — انظر فيما سبق فقرة ١٤٢٠ وما بعدها

٢ — يكون البائع ضامناً أيضاً اذا ترتب الاستحقاق على حق يستعمله الغير ولكنه صادر من البائع نفسه كما اذا باع قبل أو بعد بيع المشترى الذى استحق عليه العقار لتسجيل المستحق قبله فانه يضمن مهما كان شرط عدم الضمان المشروط فى العقد

يستلخص مما تقدم أن الضمان لا يسقط بالشرط ما دام الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع . والحكمة فى ذلك ان سعى البائع فى نقض البيع يجب أن يرد عليه لأنه تدليس والتدليس لا يباح كما يجب أن يسود حسن النية فى جميع العقود فليس من العدل أن يستفيد البائع من غش ارتكبه . على أن المشترى لا يقصد طبعاً بهذا الشرط أن يغشه البائع بلا عقاب

وفى هذه الحالة ما دام بطل الشرط فالضمان الذى يجب على البائع هو الضمان القانونى المستوجب رد الثمن والتضمينات بحسب ما بيناها سابقاً

١٥٠٦ — ويستوى فى الأفعال التى تنشأ عن فعل البائع الأفعال الناشئة عنه

مباشرة أو بالواسطة. سبقت البيع الذى استحق للغير أو تلته. لأنها اذا سبقته فكان واجباً على البائع اخطار المشترى بها واذا تلته فما كان يجوز له اتيانها

فاذا كان باع العين أو رتب عليها حق ارتفاق أو انتفاع وغير ذلك من الحقوق العينية التى يجوز الاحتجاج بها على المشترى بتسجيلها

أو رهنها رهناً عقارياً سجل قبل تسجيل البيع

أو تنازل عن الايجار المستحق له فى سنين مقبلة وكان هذا التنازل قابلاً للاحتجاج به على المشترى . وهكذا

فهذه كلها حقوق ناشئة عن فعل البائع وتجعل شرط عدم الضمان باطلاً

١٥٠٧ — أما لو كان وقع من البائع أمر معين قبل البيع كرهن عقارى فأخبر به المشترى ثم اشترط عدم ضمانه له كان الشرط جائزاً . واذا استحق العقار فيما بعد بناء على هذا الفعل أخلى البائع من كل مسئولية ولم يكن للمشترى حق استرداد الثمن عملاً بنص المادة ٣٠٢ لأنه كان يعلم وقت الشراء بالسبب الموجب لنزع الملكية

وقد حكمت المحاكم بأن مجرد علم المشترى بفعل البائع الذى يتسبب عنه فيما بعد نزع الملكية يخليه البائع من الضمان ولكن لا يخليه من رد الثمن والواقع أنه يلزم لاعفاء البائع من رد الثمن شرطان :

١ — اشتراط عدم ضمانه رد الثمن عند الاستحقاق

٢ — وعلم المشترى فى وقت البيع بسبب الاستحقاق — مادة ٣٠٢ وقارنها بمادة ٤٠٠ مرشد الحيران

ويعلل فقهاء الشريعة الاسلامية رجوع المشترى بالثمن عند الاستحقاق مع علمه بكون المبيع ليس ملكاً للبائع ان المشتري اشترى ظاناً ان المالك يجيز إذ البائع كالفضولي هنا والفضولي بيعه قد يصح إذا أجازه المالك الحقيقى

والظاهر أن المبدأ الذى قرره الشارع لا يخرج عن الاستناد على شىء من هذا فكثيراً ما يشترى المشترى بهذا الاعتبار معتقداً أن فى وسعه الحصول على تصديق

المالك أو تسهيل ذلك . ولهذا متى اشترط عدم الضمان وكان المشتري يعلم سبب الاستحقاق أو اعترف بشرائه ساقط الخيار والضمان فى جميع الأحوال سقط الالتزام برد الثمن لأن ذلك يفيد أنه يشترى مجرد أمل – انظر مادة ٣٩٨ مرشد الحيران

١٥٠٨ – يجب أن يكون الحق المترتب عليه الاستحقاق المبطل لشرط عدم الضمان ناشئاً عن فعل البائع شخصياً فاذا كان البيع أو الحق العينى صادرين من البائع الأصلى له لم يكن ذلك فعلاً صادراً منه وكذلك لو كان الحق مقرراً من مورثه – « بودرى فقرة ٤٠٦ »

لا يجوز أن يكون البائع مستحقاً

١٥٠٩ – قلنا انه لا يجوز أن يكون الاستحقاق مبنياً على فعل صادر من البائع بعد البيع ومن باب أولى لو كان هو نفسه مدعى الاستحقاق بأن كسب حقاً من الغير يجيز له نزع الملكية فالنزاع محرم عليه على كل حال لأن ذلك يكون عملاً ناشئاً عن فعله وهو خاضع لقاعدة الالتزام السلبى الذى يقضى عليـــه بعدم النزاع ولو اشترط عدم الضمان عند الاستحقاق

مزاحمة البائع للمشترى

١٥١٠ – كذلك يجب على البائع أن يمتنع من كل عمل يضر بمنفعة المبيع. فليس لبائع محل تجارى أن ينشىء محلاً آخر يزاحم به المحل الأول بناء على شرط عدم الضمان ولا لمن باع ساقية على مجرى ماء أن ينشىء ساقية أخرى قبلها يترتب على انشائها تقليل الماء الذى تأخذ منه الساقية الأولى ولا أن يطلب من مصلحة الرى توزيعاً للمياه يترتب عليه انقاصها عن ذى قبل الاّ اذا كان أخبر المشترى عند الشراء بعزمه على هذا العمل فقبل لأن المشترى فى هذه الحالة لم يفاجأ وربما راعى ذلك فى احتساب الثمن أو رأى ان الماء الباقى يكفيه فلا ضرر. وهذا احتياط خاص لا يدخل فى الشروط العامة

رد الثمن فى حالة اشتراط عدم الضمان

١٥١١ – القيد الثانى – اذا كان اشتراط عدم الضمان حاصلاً بألفاظ عامة وصار نزع الملكية من المشترى فلا يلزم البائع الاّ برد الثمن دون التضمينات (مادة ٣٠١) وطبعاً المراد هنا استحقاق المبيع للغير بغير دخل للبائع فقد بينا فى صدر الكلام على

القيد الأول ان الشرط يبطل اذا كان سبب الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع

والمستفاد من نص المادة أن الشرط الحاصل بألفاظ عامة لا يخلى البائع من كل التزام بالضمان وانما ينقص مشتملاته فقط فيجعله قاصراً على الثمن دون التعويضات . وعلى هذا يكون كل ما يترتب على اشتراط عدم الضمان هو اخلاء البائع من دفع التعويضات المبينة أنواعها بمادة ٣٠٥ . وعلة كون هذا الشرط لا يخلى البائع من رد الثمن أن الثمن يبقى بلا سبب عنده فللمشترى ان يطلبه منه لأخذه بغير استحقاق

عدم رده ١٥١٢ — غير أنه لما كان هذا الأمر مبنياً على قصد المتعاقدين لم يسع الشارع الا ان يخضع لإرادتهما إذا ظهر أن قصدهما غير ذلك بأن كان الغرض منه اخلاء البائع من الثمن أيضاً وقد أشار الشارع فى مادة ٣٠٢ إلى حالتين يستدل منهما على ذلك :

الحالة الأولى — إذا اعترف المشترى فى عقد البيع انه يشترى ساقط الخيار ولا ضمان على البائع فى جميع الأحوال . فقد قدر القانون ان المشترى يشترى فى هذه الحالة ما يزعمه البائع من الحق على العين لا العين نفسها ويكون البيع بيع غرر وثمنه طبعاً قدر على هذا الاعتبار

الحالة الثانية — اذا اشترط عدم رد الثمن وكان المشترى يعلم فى وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية

اعتبر كذلك الشارع ان علم المشترى وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملك — سواء علم البائع بعلمه هذا أو جهله لأن المادة لم تجعل تفريقاً بين الحالتين — دليل ضمنى على أن قصده عدم الرجوع بالثمن عند الاستحقاق لأنه عالم بخطره فما دام ثبت ان المشترى يعلم سبب الاستحقاق فيعتبر كأنه تنازل عن المطالبة بالثمن

شروط ذلك ١٥١٣ — ويلاحظ انه يجب توفر شرطين فى عقد البيع لحرمان المشترى من رد الثمن : ١ — شرط عدم الضمان ٢ — وشرط العلم بالسبب الموجب لنزع الملكية أو شرط سقوط الخيار وعدم الضمان فى جميع الأحوال أو ما يقوم مقامه كما يُستفاد صراحة من نص المادة ٣٠٢ أهلى

وقد حكم بأنه يجب لعدم الزام البائع برد الثمن عند استحقاق المبيع ان يشترط

عدم الضمان بشرط صريح وان يعلم المشترى وقت البيع بسبب الاستحقاق — « ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ فقرة ٤٤٥٧ مجموعة ثانية »

اهمال المشترى مضيع للثمن والتعويض

١٥١٤ — اذا تسبب المشترى بفعله أو بتقصيره فى نزع أو استحقاق العقار من تحت يده فلا حق له فى المطالبة بالثمن او التعويض لأن عليه ان يتحمل تبعة تقصيره . مثال ذلك اهماله فى ادخال البائع ضامناً فى دعوى الاستحقاق فحكم عليه وتبين انه لو ادخله ضامناً لقدم أدلة كافية لرفض دعوى الاستحقاق . اوقبوله الدعوى بلا تقاض . أوعدم تجديده الرهن من بعد انقضاء عشر سنين . أو كان اشترى عقاراً مرهوناً بشرط ضمان يسر المدين ففقد بعمله درجة الرهن ولم يتيسر له الحصول على الثمن الذى دفعه

خلاصة ماتقدم

١٥١٥ — يستخلص من كل ما سبق ان :

أ — البائع يجب عليه رد الثمن والتعويضات بأنواعها فى الأحوال الآتية :

أولاً — اذا باع بالضمان القانونى العام

ثانياً — اذا باع بشرط عدم الضمان فنزعت الملكية بسبب فعله الشخصى ولم يكن اشترط شرط خاص لاخلاء مسئوليته منها

ب — وعليه ان يرد الثمن فقط

أولاً — اذا علم المشترى بخطر الاستحقاق ولكن لم ينص فى العقد على شرط عدم الضمان

ثانياً — اذا اشترى المشترى بشرط عدم الضمان ولكنه لا يعلم بالسبب الموجب للاستحقاق ولا اشترى ساقط الخيار

ج — لا يرد شيئاً من الثمن أو التعويض

أولاً — اذا باع بشرط عدم الضمان وكان المشترى يعلم بالسبب الموجب للاستحقاق

ثانياً — اذا اشترى المشتري المبيع ساقط الخيار وبغير ضمان فى جميع الأحوال مع شرط عدم الضمان

ثالثاً — اذا أخلى البائع بشرط خاص من ضمان أى أمر معين يترتب عليه

استحقاق كلي أو جزئي حتى ولو كان ذلك ناشئاً عن فعله الشخصي
رابعاً — اذا ترتب الاستحقاق على تقصير المشتري شخصياً

١٥١٦ — اذا بيع عقار واشترط عدم ضمان البائع لحقوق الارتفاق الخفية فالشرط صحيح ملزم للمتعاقدين

واذا قيل بأنه باع العقار بما له وما عليه من حقوق الارتفاق فهذا الشرط لا يعدُّ شرط عدم ضمان الاَّ اذا تبين من الظروف وقصد المتعاقدين أن الغرض هو كذلك لأنه عند الشك يرجع للقواعد العامة

ان شرط عدم ضمان البائع لحقوق الارتفاق باطل اذا ترتبت بفعله ما لم يخبر المشتري بها عند البيع — مادة ٣٠٣

اذا علم البائع بوجود حق ارتفاق خفي (غير ظاهر) ولم يخطر المشتري به ثم اشترط عدم الضمان كان ذلك كتماناً للحقيقة وغشاً مترتباً عليه ابطال الشرط خصوصاً اذا كان بحالة لو علمها المشترى لما اشترى

احكام

١٥١٧ — ان مجرد علم المشترى بخطر استحقاق المبيع يعتبر بمثابة اشتراط عدم ضمان من جهة أن لا حق للمشترى فى طلب تضمينات وانما يطالب بالثمن فقط . فمن اشترى أعياناً موقوفة كانت مؤجرة له لا حق له فى طلب تعويض اذا استحقت للموقف لأنها لا تباع ولا تشترى — مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ مجموعة ثانية فقرة ٤٤٥٦ و ١٠ يونيو سنة ١٩٠٧ فقرة ٤٤٦٧ مجموعة ثانية

١٥١٨ — اذا كان البائع معفى من رد الثمن عند استحقاق المبيع فليس للمشترى أن يحبس العين تحت يده لأن الحبس يكون بغير مسوغ قانوني — ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ فقرة ٤٤٦٦ مجموعة ثانية

١٥١٩ — اذا اشترط بيع أعيان بالحالة التي توجد عليها وقت استلامها بمعرفة المشترى بعيوبها وحقوق ارتفاقها ظاهرة أو خفية و بلا ضمان فى حالة الخطأ فى المساحة أو فى الحدود وعلى العموم بلا ضمان عند حصول أى منازعة أو استحقاق ناشئين عن أعمال غير منسوبة للبائع فيترتب على هذا الشرط اعفاء البائع من كل مسئولية لا سيما اذا ظهر من محضر التسليم أن المشترى قرر أنه وضع يده على الأرض المبيعة

بدون عجز ولا زيادة – مختلط ٢١ فبراير سنة ١٨٩٥ نمرة ٧ ص ١٤٩ فقرة ٤٧٢٤ مجموعة أولى

١٥٢٠ – يصح ضمان الثمن للمشترى معلقاً بظهور الاستحقاق . وهذا هو ضمان الدرك . فضامن الدرك هو الضامن للثمن عند استحقاق المبيع وبعبارة أخرى كفيل البائع – انظر مادة ٣٩٩ مرشد الحيران وابن عابدين ج ٤ ص ٢٠١ ضمان الدرك

وهذا الضمان مانع من حبس الثمن كما سترى ويجيز للبائع أن يطلب الثمن من المشترى متى قدم الكفيل له فى حالة الخوف من خطر الاستحقاق أو حصول التعرض للمشترى المذكور – أنظر مادة ٢٣١ أهلى

الفرع الثانى — ضمان العيوب الخفية

قوانين أهلية

مادة ٣١٣ أهلى – البائع ضامن للمشترى العيوب الخفية فى المبيع اذا كانت تنقص القيمة التى اعتبرها المشترى أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له

مادة ٣٨٧ مختلط – مطابقة لها

مادة ٣١٤ أهلى – فى الحالة الأخيرة من المادة السابقة وفى حالة ما اذا كان نقص القيمة بمقدار لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء يكون المشترى مخيراً بين فسخ البيع بغير اضرار بحقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن مع التضمينات فى الحالتين اذا ثبت علم البائع بالعيب الخفى

مادة ٣٨٨ مختلط – مطابقة لها مع

شريعة اسلامية

مادة ٤١٨ مرشد الحيران — البيع المطلق أى المجرد من شرط البراءة من العيوب ومن ذكر العيب والسلامة يقتضى أن يكون المبيع سالماً خالياً من كل عيب

مادة ٤١٩ منه — يثبت خيار العيب للمشترى وان لم يشترطه فى عقد البيع

مادة ٤٢٠ منه — العيب الموجود لرد المبيع هو ما ينقص الثمن ولو يسيراً أو ما يفوت به غرض صحيح بشرط أن يكون الغالب فى امثال المبيع عدمه

مادة ٤٢١ منه — يشترط أن يكون العيب الموجب لرد المبيع قديماً

مادة ٤٢٢ منه — العيب القديم هو ما كان موجوداً فى المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو فى يد البائع قبل التسليم

مادة ٤٢٣ منه — اذا ذكر البائع ان فى المبيع عيباً فاشتراه المشترى بالعيب الذى سماه له فلا خيار له فى رده بالعيب المسمى وله رده بعيب آخر ولو قبله المشترى بجميع عيوبه فليس له رده بالعيب المسمى ولا بعيب آخر

مع اضافة «انما لا تستحق التضمينات الا» بين فى الحالتين واذا ثبت

مادة ٣١٥ أهلى – اذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخفى الموجود فى المبيع فللمشترى له الخيار فقط بين فسخ البيع مع طلب رد الثمن والمصاريف التى ترتبت على البيع وبين ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه

مادة ٣٨٩ مختلط – مطابقة لها مع حذف رد الثمن بين كلمتى طلب المصاريف

مادة ٣١٦ أهلى – فى الأحوال التى يثبت فيها للمشترى حق الفسخ اذا كان البيع فى جملة أشياء معينة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فليس له فسخ البيع الا فى جميع المبيع

مادة ٣٩٠ مختلط – مطابقة لها

مادة ٣١٧ أهلى – اذا ظهر العيب بعد التسليم فللمشترى فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب اذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر

مادة ٣٩١ مختلط – مطابقة لها

مادة ٣١٨ أهلى – اذا كان العيب الخفى الذى ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب الامتناع عن الشراء لو اطلع عليه المشترى كان للمشترى الحق فقط فى تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة

مادة ٤٢٤ منه — اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب به وقبل المشترى المبيع بهذا الشرط صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب لكنه فى الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض وفى الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث فللمشترى رده بالحادث لا بالموجود

مادة ٤٢٥ منه — ما بيع بيعاً مطلقاً منقولا كان أو عقاراً وظهر للمشترى عيب قديم فيه فله الخيار ان شاء قبله بكل الثمن المسمى وان شاء رده واسترد الثمن ان كان نقده للبائع

مادة ٤٢٦ منه — اذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فالمشترى مخير ان شاء قبلها بالثمن المسمى وان شاء رد جميعها وليس له أن يرد المعيب وحده ويأخذ السالم

مادة ٤٢٧ منه — اذا بيعت جملة أشياء صفقة واحدة وظهر ببعضها عيب بعد التسليم فان لم يكن فى تفريقها ضرر فللمشترى أن يرد المعيب منها بحصته من الثمن سالما وليس له أن يرد الجميع بدون رضا البائع وان كان فى تفريقها ضرر فله أن يرد المبيع كله أو يقبله بكل الثمن

مادة ٤٢٨ منه — اذا كان المبيع كمية معينة من المكيلات والموزونات ووجد فى بعضها عيباً بعد التسليم فان كانت فى أوعية مختلفة فللمشترى أن يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده وان كانت فى وعاء واحد أو لم تكن فى وعاء فله رد الكل أو أخذه بعيبه بكل الثمن وليس له رد المعيب وحده بحصته من الثمن

مادة ٤٢٩ منه — اذا وجد فى الحنطة أو الشعير أو غيرهما من الغلال تراباً فان كان التراب قليلا بحيث لا يعد عيبا فى العرف فليس للمشترى رد المبيع وان كان فاحشاً ويعده الناس

مادة ٣٩٣ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣١٩ أهلي — وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية فى حالة سلامته من العيب وقيمته الحقيقية فى الحالة التى هو عليها و بتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه

مادة ٣٩٤ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٠ أهلي — لاوجه لضمان البائع اذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشترى علماً حقيقياً

مادة ٣٩٥ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢١ أهلي — وكذلك لا يكون وجه لضمان البائع اذا كان قد اشترط عدم ضمانه للعيوب الخفية الاَّ اذا ثبت عمله بها

مادة ٣٩٦ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٢ أهلي — لا يكون العيب موجباً للضمان الاَّ اذا كان قديماً

والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع فى المبيع اذا كان عيناً معينة أو العيب الموجود فى المبيع وقت تسليمه اذا لم يكن عيناً معينة

مادة ٣٩٧ و ٣٩٨ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٣ أهلي — اذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فيكون هلاكه على البائع ويلزم حينئذٍ برد الثمن والمصاريف

عيباً يخير المشترى بين أخذ المبيع بالثمن المسمى أو رده واسترداد الثمن ان كان مقبوضاً

مادة ٤٣٠ منه — اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشترى فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه بل له مطالبة البائع بنقصان الثمن ما لم يرض البائع بأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد

مادة ٤٣١ منه — اذا زال العيب الحادث عاد للمشترى حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع

مادة ٤٣٢ منه — يقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة الموثوق بهم بأن يقوم المبيع سالماً ثم يقوم معيباً وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب الى الثمن المسمى وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشترى على البائع بالنقصان

مادة ٤٣٣ منه — اذا حدث فى المبيع زيادة مانعة من الرد كصبغ الثوب المبيع والبناء والغرس فى الأرض المبيعة ثم اطلع المشترى على عيب قديم فى المبيع فانه يرجع على البائع بنقصان العيب ويمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث

مادة ٤٣٤ منه — اذا تصرف المشترى فى المبيع ببيع أو هبة ثم علم بالعيب لا يرجع بالنقصان

مادة ٤٣٥ منه — اذا أجر المشترى المبيع ثم وجد به عيباً فله نقض الاجارة ورده بعيبه ولو رهنه ثم وجد به عيباً ليس له نقض الرهن وانما يرده بعد فكه

مادة ٤٣٦ منه — اذا هلك المبيع المعيب فى يد المشترى فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان العيب

مادة ٤٣٧ منه — ان ظهر ان المبيع المعيب لا ينتفع به أصلا يبطل البيع ويكون للمشترى حق استرداد الثمن من البائع ان كان نقده اليه

ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال

مادة ٤٠٠ مختلط — مطابقة لها

مادة ٤٠١ مختلط — اذا كان فى المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بالقضاء والقدر فهلاكه يكون على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن ممكناً فى الأحوال الجائز فيها نقصانه

مادة ٣٢٤ أهلي — يجب تقديم دعوى الضمان الناشئ عن وجود عيوب خفية فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والاّ سقط الحق فيها

مادة ٤٠٢ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٥ أهلي — تصرف المشتري فى المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفى يوجب سقوط حقه فى طلب الضمان

مادة ٤٠٣ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٧ أهلي — لا تسمع دعوى الضمان بسبب العيوب الخفيـة فيما بيع بمعرفة المحكمة أو جهات الإدارة بطريق المزاد

مادة ٤٠٥ مختلط — مطابقة لها

مع اضافته فى آخر المادة « اذا كان المبيع موجوداً وقت المزاد أو أمكن المشترى معاينته »

قانون فرنسى

مادة ١٦٤١ منه — البائع ضامن للمشترى العيوب الخفية فى المبيع التى تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له أو تنقص هذا الاستعمال بحيث لو كان علم بها المشترى لما اشترى أو لكان أعطى ثمناً أنقص مما دفع

مادة ١٦٤٢ منه — لا يضمن البائع العيوب الظاهرة التى يتيسر للمشترى اطلاعه عليها بنفسه

مادة ١٦٤٣ منه — البائع ضامن للعيوب الخفية ولو لم يكن عالماً بها الا اذا اشترط فى الحالة الأخيرة عدم الضمان مطلقاً

مادة ١٦٤٤ منه — فى الأحوال المنصوص عليها فى مادة ١٦٤١ و ١٦٤٣ يكون المشترى مخيراً بين رد المبيع واسترداد الثمن وبين ابقائه والرجوع بجزء من الثمن يقدره أهل خبرة

مادة ١٦٤٥ منه — اذا كان البائع يعلم بعيب المبيع وجب عليه أن يدفع التعويضات اللازمة للمشترى وذلك زيادة عن رد ما قبض من الثمن

مادة ١٦٤٦ منه — اذا كان البائع لا يعلم بعيوب المبيع فلا يلزمه غير رد الثمن للمشترى مع المصاريف التى ترتبت على البيع

مادة ١٦٤٧ منه — اذا هلك المبيع المعيب بسبب رداءته كان هلاكه على البائع ووجب عليه أنه يرد للمشترى الثمن والتعويضات المبينة فى المادتين السابقتين

فاذا كان الهلاك بسبب حادثة قهرية كان على المشترى

مادة ١٦٤٨ منه — يجب تقديم دعوى الضمان الناشىء عن وجود عيب خفى فى أقرب مدة تبعاً لنوع العيوب الخفية وعرف الجهة التى حصل بها البيع

مادة ١٦٤٩ منه — لا وجه لرفع الدعوى المذكورة فيما بيع بمعرفة السلطة القضائية .

١٥٢١ — قسم القانون كما بينا فيما تقدم الضمان الى قسمين . الأول . ضمان انتفاع المشترى بالمبيع بلا معارضة ولا منازعة وهو ما عبرنا عنه بالحيازة الهادئة وتكلمنا عليه فى الفرع الأول من هذا الفصل تمهيد

الثانى — ضمان العيوب الخفية . وقد جعل القانون البائع ضامناً لهذه العيوب لأن الغرض من الشراء أن ينتفع المشترى بالمبيع انتفاعاً صالحاً مفيداً . فاذا ضاع هذا الغرض كان المبيع فى يده عديم النفع والثمن فى يد البائع بلا مقابل وفى ذلك ضرر للمشترى لا يدرأه غير ضمان البائع للحيازة النافعة

يدور الكلام على هذا البحث حول نقطتين . الأولى فى العيوب الخفية . الثانية فى الأثر المترتب على وجود العيوب فى المبيع بالنسبة للبيع

المبحث الأول — فى العيوب الخفية

١٥٢٢ — لم يعرف القانون العيب الخفى فوجب الرجوع لأقوال الشراح تعريفها

قال الاستاذ بودان : العيوب الخفية هى الشوائب التى تشوب المبيع . أما بودرى و بلانيول فقد ذكرا تعريف القانون

وقد ورد فى كتب الشرع ان العيب لغة ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة كالآفات العارضة للشيء فالحنطة اذا أصيبت بعفن أو بلل أو سوس صارت معيبة . أما مجرد رداءتها فلا تعد عيباً لأن الحنطة تخلق جيدة ورديئة ووسطاً . والعيب شرعاً هو ما ينقص الثمن وضابطه عند الشافعية انه المنقص للقيمة أو ما يفوت به غرض صحيح بشرط ان يكون الغالب فى أمثال المبيع عدمه . وهذا الضابط قريب من تعريف القانون المصرى

والعيوب التى تجعل البائع ضامناً فى عرف القانون المصرى هى العيوب التى ١ — تنقص القيمة التى اعتبرها المشترى ٢ — أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له

١٥٢٣ – تبين من هذا ان القانون لم يحصر العيوب الخفية ولم يجعل لها بياناً يرجع اليه كلما قام نزاع بل ترك أمر اعتبار العيب وتقديره للقضاء يقدره بمراعاة الظروف والعوائد المحلية مسترشداً بالضابطين السالفين (١)

والواقع ان العيب يختلف باختلاف المبيع وطبيعته والغرض من استعماله فالعيب فى النباتات غيره فى المبانى وخلافه فى الحيوانات وهكذا مما لا يتأتى حصره . فحرن الدابة أو جموحها . وارتفاع الأرض بحيث لا يصلها الماء . وأرض لا شرب لها أو بها ممرّ أو مسيل للغير (ابن عابدين ص ٨٢) . وعدم البذر وخلط الأدوية أو تعريضها مكشوفة للجوّ وهى تفسد من ذلك . ووجود الأقمشة مثقوبة أو مبقعة من الداخل. وتسويس الخشب . وتلوين الأحجار الكريمة تلويناً صناعياً كاللؤلؤ فان ذلك منقص لقيمته . والحشائش الضارة بزرع . وتداعى البنيان . وعلى العموم حق الارتفاق الخفي الموجود على العقار وهكذا . كلها عيوب خفية – بودان ص ١٨٩

وقد اعتبرت المحاكم العيوب كذلك فى بيع مجرد الحقوق كبيع قهوة اذا تبين ان صاحبها كان ارتكب خيانة أمانة ترتب عليها اساءة سمعة المحل أو كان صاحبه فى عسر منع التجار من معاملته ونحوها – بودان ص ١٩٠

١٥٢٤ – بينا أنه لوجوب الضمان يجب أن يكون فى المبيع عيب منقص لقيمة المبيع أو يجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له . وعلى هذا لا يعد فقد الشيء لبعض الصفات المطلوبة ولو كانت معتبرة فى أصل العقد عيباً مثال ذلك شراء قطن من نوع اليانوفتش مثلاً فظهر انه عفيفى أو جواد عربى ظهر أنه مسكوفى فلا يقال ان المشترى معيب ولا يطلب الفسخ لوجود عيب خفى وانما يجوز طلب البطلان لحصول غلط أو تدليس بحسب الأحوال

الفرق بين دعوى الضمان لعيب خفى والبطلان لغلط

١٥٢٥ – وبهذه المناسبة يلاحظ أنه يجب التفريق بين دعوى الضمان لعيب خفى وبين دعوى بطلان البيع لغلط أو تدليس لأن لكل دعوى نتائج وأحكام تخالف النتائج والأحكام المترتبة على الأخرى

---

(١) فى فرنسا قوانين خاصة تبين ما يسمى عيباً خفياً بالنسبة للحيوانات المنزلية

يجد المتأمل ان فى الدعويين وجه شبه وهو الغلط فان المشترى أراد شراء شىء صالح لاستعماله لغرض معين فسلم اليه شىء غير صالح لذلك ولكن الفارق مع ذلك بين الأمرين عظيم

أولاً — الغلط يفترق عن العيب الخفى فى أنه يفسد الرضا ولا يوجب البطلان الاّ اذا كان واقعاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد (مادة ١٣٤) مثال ذلك شراء فص ياقوت فاذا به زجاج

أما فى العيب الخفى فالرضا صحيح والمشترى راض بالبيع ولكن وجد به آفة منقصة للقيمة أو مضيعة للغرض من استعماله

ثانياً — دعوى العيب الخفى يجب رفعها فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والاّ سقط الحق فيها أما دعوى البطلان لغلط فلا تسقط الاّ بمضى المدة العادية (١٥ سنة)

أما وجه التفرقة بين العيوب الخفية ودعوى البطلان لتدليس فظاهر لأن التدليس معناه حيل يستعملها البائع ولولاها لما رضى المشترى بالشراء ويترتب عليها اذن فساد الرضا — مادة ١٣٦

أما العيوب الخفية فقد تشاهد فى المبيع والبائع لا يعلم بها ولكنه مع ذلك يضمنها عملاً بأحكام المادة ٣١٥

شروط العيب الموجب للضمان

١٥٢٦ — يشترط فى العيب الموجب للضمان أن يكون :

أولاً — خفياً

ثانياً — جسيماً

ثالثاً — مجهولاً للمشترى

رابعاً — قديماً

الشرط الأول

١٥٢٧ — يشترط أن يكون العيب خفياً — نصت المادة ٣١٣ على أن المشترى ضامن للعيوب الخفية وزادت المادة ٣٢٠ ذلك وضوحاً فقالت : لا وجه لضمان

البائع اذا كان العيب ظاهراً . وحكمة ذلك أنه متى كان العيب ظاهراً فالمفروض ان المشترى اطلع عليه وقبله وليس له ان يرجع فيما تم من جهته اذ من الميسور له الاطلاع على العيب بمجرد معاينته . والعيب يعد خفياً اذا لم يتمكن المشترى من اكتشافه بعد التأمل . أما عدم معرفة العيب لمجرد اختبـــار سطحى أو لتقصير المشتري فى الاطلاع مع امكانه الاطلاع والوقوف على العيب لا يجعل العيب خفياً

وتطبيقاً لهذا حكم بأنه لا محل لدعوى الضمان لعيب خفى اذا كان المبيع مما يمكن معاينته — مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ فقرة ٤٧١٤ مجموعة أولى

كذلك عدم خبرة المشترى الشخصية لا تجعل العيب الظاهر خفياً لأنه من الواجب عليه أن يستعين بذوى الفن فاذا كان ذو الفن يرى العيب متى اطلع عليه فهو ظاهر والاَّ فهو خفى . فمن شاء شراء منزل عليه استشارة مهندس ومن شاء شراء أطيان أخذ رأى خبير بها أو شراء جواد رجع الى أهل المعرفة فى ذلك وهكذا

١٥٢٨ — ويتفرع على هذا ان العمى . والعرج . والتسويس. والعفن . وتداعى بنيان المنزل (أى ايذانه بالانهدام والسقوط) ونحوها عيوب ظاهرة لأن من الميسور أن يعرفها المشترى بنفسه أو بواسطة خبير بها . فاذا أهمل فى الاطلاع عليهـــا كان مقصراً وليس له أن يشكو من نتائج تقصيره

كذلك اذا وجد المبيع محاطاً من جميع جهاته فالعيب ظاهر — مختلط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ فقرة ٤٧١٧ مجموعة أولى

١٥٢٩ — أما اذا حال دون اطلاع المشترى على العيب أو اكتشافه له تدليس البائع أو طرق احتيالية استعملها للتغرير به فللمشترى حينئذٍ أن يطلب البطلان لحصول التدليس (مادة ١٣٦) وكان فى هذه الحالة للقاضى أن يراعى فى تقدير الطرق الاحتيالية جهل المشترى وعدم خبرته . مثال ذلك حصان مصاب بعرج منقطع أى يذهب ويجىء فيريه صاحبه للمشترى وقت سلامته منه ليخدعه فى شرائه فهذا

عمل يعد بلا نزاع تدليساً . أما اذا أهمل فى المعاينة ولم يمنعه عنها سلوك البائع وتصرفاته فعليه تبعة اهماله — مختلط ٦ مايو سنة ١٨٩٧ فقرة ٤٧١٨ مجموعة أولى

١٥٣٠ — اذا لم يتيسر اكتشاف العيب الا باجراء أعمال لم تجرِ العادة بها عند الشراء ثم وجد بالمبيع عيب كان عيباً خفياً فاذا كانت أخشاب المنزل مغطاة بألواح من الخشب أو ببلاط يحجبها عن النظر ثم ظهر أنها مسوسة كان العيب خفياً لأن العادة لم تجرِ برفع الألواح وهدم البلاط لمعاينة الأخشاب

ولو كانت معرضة للنظر ولكن السوس فى داخلها وغير ظاهر من الخارج بحيث لا يراه من يتأمل به كان العيب كذلك خفياً

واذا ظهر أن مرجل (قزان) آلة بخارية ليس بالسمك المطلوب فالعيب خفى لأنه ليس من العـادة فك المراجل عند شراء الآلات البخارية ولو أنه لو فك لأمكن معرفته

ويرى المسيو جويلوار ان البائع اذا شرط على نفسه أن يسلم البضاعة سليمة خالية من كل شائبة فهذا ضمان مشروط يعتبر قانون المتعاقدين ويبيح الرجوع عليه بأى خليط يوجد فى المبيع ولو كان غير مؤثر

١٥٣١ — وحكم بأنه اذا اشترى شخص بضاعة وسلم بها قائمة أثبت فيها أنه اطلع على البضاعة ورضى بهـا سقط حقه فى الرجوع على البائع بالعيب الخفى — « مختلط ٢ مايو سنة ١٩٠١ فقرة ٤٤٧٢ مجموعة ثانية »

١٥٣٢ — وبأن المقصود بالعيب الظاهر الذى لا ضمان له العيب الذى فى وسع المشترى اكتشافه بمعاينة المبيع وفحصه بدقة

فمن اشترى منزلاً ووجد أساساته معيبة بعد البيع لا حق له فى طلب تنقيص الثمن لعيب خفى اذا كان عاينه بمعرفة رجل من أهل الفن وصرح فى عقد البيع بأنه عاينه ووجده بحالة جيدة ومرضية — ٢٧ ابريل سنة ١٩٠٤ فقرة ٤٤٧٤ مجموعة ثانية

الشرط الثانى

١٥٣٣ — أن يجهل المشترى العيب — لأنه اذا كان المشترى عالماً بالعيب أو

كان العيب خفياً فبينه له البائع وأطلعه عليه كان لا وجه للضمان لأن البائع لم يخدعه ويكون هو راضياً بالعيب ومراعياً فى تقدير القيمة وجوده — مادة ٣٢٠

وقد اشترط القانون لاسقاط الضمان عن البائع أن يعلم المشترى بالعيب علماً حقيقياً. ويثبت علم المشترى بالعيب بحسب القواعد العامة فى الاثبات . وعلى هذا يثبت فى المواد التجارية بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة والقرائن

الشرط الثالث ١٥٣٤ — أن يكون العيب جسيماً — لم يرد القانون أن يجعل كل شائبة فى المبيع عيباً والاَّ تزعزعت الثقة بالمعاملات . وعلى هذا وجب أن تبلغ الشوائب حداً منقصاً للقيمة التى اعتبرها المشترى أو يجعل المبيع غير صالح للاستعمال فيما أعد له وذلك لأن الفائدة التى كان يرجوها المشترى لا تتحقق فوجب تضمين البائع . فنقص القيمة أو عدم صلاحية الشيء للاستعمال فيما أعد له هما الضابطان للعيب وواجب على القاضى أن يراعيهما فى تقديره لأن أمر ذلك موكول اليه

ويؤخذ من هذا ان النقص البسيط فى الشيء أو فقد بعض الكماليات لا يعد عيباً

وكذلك اذا احتاج الشيء لبعض تصليحات لا تستدعى نفقة كبيرة بالنسبة لثمنه وهذا ما يراه فقهاء الشريعة أيضاً . جاء فى ابن عابدين ص ٧٥ ج ٤ لا بدَّ من العيب أن لا يتمكن من ازالته بلا مشقة

اذا أطلع المشترى البائع على الاستعمال الذى يقصده من شراء الشيء وجب على القاضى مراعاة ذلك فى تقدير العيب لأن الغرض تحدد عند تكوين العقد . أما اذا لم يبد البائع له شيئاً فينظر فى تقدير العيب للاستعمال المقصود عادة من الشيء

الشرط الرابع ١٥٣٥ — أن يكون العيب قديماً — والمراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع فى المبيع إن كان عيناً معينة أو العيب الموجود فى المبيع وقت التسليم اذا لم يكن عيناً معينة (مادة ٣٢٢)

يوافق هذا النص أحكام الشريعة الاسلامية وهو وان لم يكن منصوصاً عليه فى القانون الفرنساوى الاَّ ان أحكام المحاكم الفرنساوية جرت على هذا المبدأ فلا تقبل

الدعوى الا اذا كان العيب قائماً وقت البيع فى الأعيـان المعينة ووقت التسليم فى الأشياء الجنسية — راجع بودان والأحكام المشار اليها فيه ص ١٨٨ و ١٨٩ وبودرى وسينات فقرة ٤٢٢

وقد احترز القانون بذلك عن العيب الحادث في يد المشترى فأراد أن يخلى البائع منه ويجعل تبعته على المشترى من وقت انتقال الملك اليه . فان تحديد الزمن الذى حدده القانون لاعتبار العيب قديماً هو نفس الزمن المحدد لنقل الملك فى الأعيان المعينة أو الأشياء النوعية — راجع مادتى ٢٦٧ و٢٦٨ من القانون

ويقول الفرنساويون إنه فى هذا الوقت يكون الهلاك على المشترى فوجب أن يكون عليه تبعة العيب

وفرق القانون بين بيع الأعيان المعينة وبين الأشياء النوعية لأنه فى الحالة الأخيرة لا يعاين المشترى المبيع عادة وربما اشترى شيئاً غير موجود لدى البائع فلا يميز اذن المبيع الا بالتسليم

تنبيه — لازالة اللبس الذى ربما يحدث عند المطلع على نص المادة ٣٢٢ والمادة ٢٩٨ نقول انه لا لبس لمن يتأمل ويقارن النص الفرنسى للمادتين فالمراد بالعيب فى المادة ٢٩٨ هو التلف أو التخريب ولذلك عبر عنه بلفظ (*détérioration*) لا العيب الخفى . ويشترط أن يكون هذا التلف حادثاً بعد العقد وقبل الاستلام بدليل قوله « بحيث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل العقد » بخلاف العيب الخفى فانه يشترط وجوده « قبل العقد » على كل حال أى سواء كان الشيء معيناً بذاته أو بنوعه

تولد العيب

١٥٣٦ — ومن البديهى أن مجرد تولد العيب فى الأزمان المحددة قانوناً ولو لم يكن تم نموه يعد عيباً قديماً فاذا بدأ السوس ينخر فى الحبوب أو المرض فى الدابة وقت العقد فى الشيء المعين بعينه أو عند التسليم فى المعين بنوعه كان ذلك عيباً قديماً — « بودرى ص ٣٤٠ »

١٥٣٧ — متى توفر أحد الشرطين المذكورين فى مادة ٣١٣ كان العيب خفياً ووجب الضمان

ولم يشترط القانون علم البائع بالعيب أى سوء قصده وانما يترتب على عدم علمه اختلاف الأثر المترتب على العيب الخفى من جهة الضمان كما سيجىء — راجع مادة ٣١٤ و ٣١٥

العيب فى الاشياء التى تستلم من البوسته

١٥٣٨ — قلنا فيما سبق انه اذا كان العيب ظاهراً سقط الضمان وان العيب يعرف اما وقت العقد أو وقت التسليم بحسب الأحوال المبينة آنفاً

ولكن قد يتفق فى التجارة أن يشترى الشخص شيئاً ويضطر لاستلامه من البوسته أو الجمرك ولا يطلع عليه الاَّ بعد وصوله محل تجارته أو مسكنه فهل اذا اطلع على عيب ظاهر جاز له فى هذه الحالة فسخ العقد أو لا يجوز

قررت المحاكم الفرنسية جواز ذلك لأن العادة الثابتة جرت به والعادة محكمة خصوصاً فى الأشياء التى لا يمكن معرفة عيبها الاَّ بواسطة أهل الخبرة أو باستعمالها

فمن اشترى آلة بخارية لا يتسنى له معرفة عيبها الاَّ بعد ادارتها فاستلامها ونقلها للمكان المعد لوضعها لا يمنع من جواز الفسخ متى ثبت العيب الخفى — بودرى ص ٤٣٢ والأحكام المذكورة به

وكذلك من اشترى ثوب قماش من تاجر بربطته ففتحه فى منزله فوجده مثقباً أو مبقعاً جاز له فسخ العقد ولو أن العيب ظاهر لأن العادة جرت بأخذ الثياب بحالتها

وشيوع العادة فى مثل هذه الأحوال يتضمن ان المتعاقدين رضيا ضمناً بمعاينة الشىء فيما بعد وان التسليم غير نهائى فاذا وجد المشترى به عيباً ولو ظاهراً رده وعلى هذا يكون المتعاقدان لحكم العادة قد خالفا بطريقة ضمنية أحكام المادة ٣٢٠ التى يسرى حكمها من وقت الاطلاع على المبيع

كذلك لو أرسل شىء من بلد لأخرى فالعادة جارية بعدم معاينتها الاَّ بعد استلامها

١٥٣٩ — يثبت ضمان العيوب الخفية بلا شرط فالبيع المطلق يقتضى أن يكون

البراءة من العيوب

المبيع سالماً خالياً من كل عيب ومن باب أولى يثبت فى البيع المشروط فيه السلامة من العيوب

غير أنه ليس ما يمنع من اشتراط عدم الضمان لعيب خاص أو لجميع العيوب وهو ما يسمى عند الشرعيين بالبراءة الخاصة أو البراءة العامة من العيوب . لأن قواعد هذا الضمان لا تمس النظام العام — انظر ٤١٨ مادة مرشد الحيران

لهذا قرر القانون بأنه اذا شرط البائع عدم ضمانه للعيوب الخفية سقط عنه الضمان الاَّ اذا ثبت علمه بها — مادة ٣٢١ (٣٩٦ م)

شرطها حسن النية

١٥٤٠ — ويؤخذ من ذلك ان شرط عدم الضمان لا يكون صحيحاً الاَّ اذا كان البائع حسن النية أى يجهل وجود العيب

فاذا كان يعلم به فالشرط باطل وضمان البائع واجب . والسبب فى ذلك أنه فى هذه الحالة يعد اشتراط عدم الضمان مع علم البائع بالعيب تدليساً على المشترى والقانون لا يجيز التدليس والغش بين الخصوم كما ان كتمان العيب غش وخيانة

جوازها بصيغة عامة

١٥٤١ — وليس من داع لتسمية العيوب فشرط عدم الضمان بصفة عامة صحيح وكل لفظ مؤد لشرط عدم الضمان جائز لأن العبرة بالمعنى لا بالمبنى والمشارطات تفسر على حسب الغرض المقصود مهما كان المعنى اللغوى وذلك بمراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى — انظر مادة ١٣٨

وقد ورد فى كتب الشرع لذلك أمثلة كثيرة نقتبس منها ما يأتى

باع شخص داره على انها كوم تراب

أو دابته قائلاً انها مكسرة محطمة

أو باع الثوب بعيوبه فيبرأ مما يوجد به من الخروق والترقيع والرفو وهكذا

شرط الزيادة فى الضمان

١٥٤٢ — وكما للمتعاقدين أن يشترطا عدم الضمان لهما أن يشترطا شروطاً أخرى تزيد فى أحكامه. والاتفاق عليها يكون قانونهما. فاذا شرط ساعاتى ضمان سير ساعة باعها مدة من الزمن بانتظام كان ضامناً لكل عيب ولو ظاهراً يمنع سير الساعة فى الزمن

المحدد فاذا اختل سيرها بلا فعل المشترى جاز له فسخ البيع – انظر بودرى فقرة ٤٢٤

١٥٤٣ – والعيوب الخفية لا تتخصص ببيع مخصوص فيجوز أن ترد فى بيع المنقول والعقار كظهور سوس بخشب مغطى بالبوية أو أساس واه لرداءة المواد التى بنى بها أو اقامته على أرض ضعيفة أو تشقق فى الحائط مغطى بجبس أو مونة ونحوه « انظر مختلط ٢٧ ابريل سنة ١٩٠٤ فقرة ٤٤٧٣ مجموعة ثانية »

أما قدم البناء فليس بعيب لأن القدم لا يجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له على أنه عيب ظاهر فلا يستوجب الضمان – مادة ٣٢٠

خلط المبيع عيب

١٥٤٤ – اذا خلط المبيع بمادة غريبة كخلط الدقيق أو السماد أو المسلى أو نحوها بمواد لا تختلف عنـــه لوناً وملمساً فذلك يعد عيباً خفياً لأنه لا يعلم الاَّ بطريقة علمية كتحليلها . على أنه يلزم بعض التفصيل فهذه المواد إما أن تكون مضرة أو غير مضرة

فان كانت غير مضرة وبكمية يسيرة فلا تعد عيباً . اما اذا كانت بكمية كبيرة مؤثرة على الصنف عدت عيباً موجباً للفسخ ولو كانت غير مضرة . واذا كانت مضرة كانت عيباً على كل حال — قارن مادة ٤٢٩ مرشد الحيران

١٥٤٥ – اذا نهى القانون عن أمر فارتكبه البائع وكان هذا الأمر يعد عيباً خفياً فيعتبر الشىء المبيع مما لا يجوز التبايع فيه وبناء على ذلك يكون العقد بلا محل والبطلان أصلياً . ومن مصلحة المشترى أن يبطله لفقده أحد الأركان اللازمة لتكوينه (فقد المحل) لأن هذه الدعوى مطلقة من زمن مسقط لها اذا لم ترفع فيه كما له رفعها ولو علم بالعيب الخفى أو رضى به صراحة أو دلالة لأن الاجازة لا تصحح عقداً لم ينعقد ولم يتكوّن

العيب لا يتوقت

١٥٤٦ – والعيب لا يتوقت بمدة فمتى ظهر وأمكن للمشترى اثبات قيامه من وقت البيع أو التسليم جاز الفسخ ولو طال الزمن حتى ظهر أمره

فاذا اشترى زارع بذوراً فبذرها ولم تنبت لرداءة نوعها أو نبتت ولم تثمر وثبت

ان سبب ذلك عيب البذر لا عيب تهيئة الأرض أو آفة سماوية ونحوها كان له طلب الفسخ. فاذا ظهر ان جيراناً زرعوا أرضاً معدنها واحد وفى وقت واحد وشروط واحدة غير ان البذور مختلفة فأثمر زرع أحدها ولم يثمر الآخر كان ذلك دليلاً على عدم جودة بذور الزرع الذى لم يثمر كبذرة قطن أو ذرة أو غير ذلك — بودرى فقرة ٤٢٥ مكررة

نقص القيمة ليس بعيب

١٥٤٧ — اذا تبين ان قيمة المبيع أقل من ثمنه فلا يعد ذلك عيباً خفياً ولا يمكن نقض العقد الا اذا حصل تدليس او اكراه او غلط

مثال ذلك شراء حجر من الماس أو اللؤلؤ فظهر أنه كاذب او كتاب خطى قديم لأحد المؤلفين المشهورين فاذا به موضوع عليه ففى هذه الأحوال يبطل البيع لغلط فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد لا لعيب خفى لأن الشىء صالح للاستعمال المعد له ولكن الرضا به فاسد

١٥٤٨ — وقد يكون من الخطأ الفسخ لحصول غلط وعيب خفى فى نفس الوقت لأن فساد الرضا معدم للعقد ودعوى الضمان لا تنشأ الا عن بيع منعقد. غير أنه يجوز طلب البطلان لعيب خفى من باب الاحتياط

١٥٤٩ — وفى بيع مجرد الحقوق يعتبر عيباً خفياً ظهور ان السند (كسندات البنك العقارى) سبق سحبه لأن الغرض من الشراء كان بيعه بربح أو الأمل فى الربح عند السحب وقد ظهر ان الشىء غير صالح لذلك

١٥٥٠ — اذا قدم البائع كشفاً مبالغاً فيه عن ريع العقار المبيع فقدر المشترى الثمن بهذه النسبة ثم تبين ان الايراد أقل مما قدر كبيع منزل وتقديم عقود ايجار صورية او فندق وتقدر ايراده تقديراً مبالغاً فيه فهل ذلك يعد عيباً خفياً

قال بعضهم بذلك وهم مخطئون لأنه يشترط فى العيب ان يكون قائماً بالمبيع وتقدير القيمة بناء على كشوف لا يجعل فى المبيع عيباً وانما ذلك يعد تدليساً من البائع مفسداً للرضا ومجيزاً بطلان البيع عملاً بنص المادة ١٣٦

١٥٥١ — والأصل ان ضمان العيوب الخفية واجب فى جميع البيوع وردت على

لا يضمن العيب في البيوع القضائية والادارية

عقار أو منقول كلوحة تصوير او آلة بخارية او حيوان ولكن استثنت المادة ٣٢٧ (٤٠٥ م) البيوع التى تحصل بمعرفة المحكمة او جهات الادارة بطريق المزاد من دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فصرحت بعدم سماعها فى البيوع المذكورة

وقد قيدت المادة ٤٠٥ مختلط عدم السماع فى حالة ما اذا كان المبيع موجوداً وقت المزاد وأمكن المشترى معاينته فرفع الشارع الاهلى هذا القيد لأن العلة الباعثة على عدم السماع موجودة فى جميع الأحوال . والمشترى ليس مجبوراً على الشراء اذا داخله شك من جهة سلامة المبيع — انظر جرانمولان فقرة ١٢٧

أما القانون الفرنسى فقصر هذا المنع على البيوع التى تحصل بواسطة القضاء أى البيع الجبرى و بيع عقارات المفلس والقاصر — مادة ٦١٤ وما بعدها

ويستفاد من قول القانون البيوع التى تحصل بواسطة المحكمة انه فى بيع العقار اختياراً او لعدم امكان قسمته بغير ضرر يجوز رفع الدعوى بسبب العيب الخفى وذلك لأنه فى الحالة الأولى يحصل البيع اضطراراً ويترتب عليه صرف مصاريف باهظة وليس للموظف المباشر للبيع مصلحة فى اخفاء العيب او ترويج بيعه بابداء صفات غير حقيقية . وأحياناً قد يقع البيع بثمن أقل من القيمة لعدم وجود مزايدين حتى أنهم اذا لم يحضروا انقص الثمن وقد يحصل توزيع الثمن بعد ذلك

فاذا ظهر العيب الخفى وجاز الفسخ وجب رد المبيع والثمن وربما قامت موانع تحول دون استرداد الثمن . على أن البيع لا بدّ من حصوله لوفاء ديون الدائنين وإباحة الفسخ لعيب خفى مانعة من ذلك فيجب على المشترى أن يطلع على ما يعرض بيعه بالمزاد بالصفة المذكورة قبل شرائه منعاً لتضرره وتلافياً لما بينا من الاضطراب

اما فى البيوع الاختيارية التى تحصل طبقاً للمادة ٦٢٠ وما بعدها من قانون المرافعات فانه يجوز لصاحب العقار ان يعين الثمن للمزايدة عليه واذا لم يجد مزايدين فله ان يطلب شطب الدعوى وايقاف الاجراءات كما للشركاء ان يقتسموا العقار المشاع بينهم ودياً لهذا وجب أن يعتبر البيع الحاصل بهذه الصفة كالبيع العادى سواء بسواء

١٥٥٢ – يجوز للمشترى الثانى ان يرفع الدعوى مباشرة على البائع الأول بطلب الفسخ لعيب خفي لأنه اشترى المبيع بما له وما عليه من الحقوق غير أنه يجب ان يكون العيب خفياً أيضاً وقت شرائه هو اذ لو كان ظاهراً كأن لم تظهر أعراضه الاَّ وقت شرائه من المشترى الأول فليس له اقامة الدعوى لأنه اشترى بعيب ظاهر ويعتبر أنه راض بالعيب ولا حق له فى تضمين البائع له فلا وجه حينئذٍ لتضمين البائع الأول

المبحث الثانى – فى الأحكام المترتبة على ضمان العيوب الخفية

١٥٥٣ – يترتب على ضمان البائع للعيوب الخفية متى توفرت شروطها بالكيفية التى سبق ذكرها الحق للمشترى فى دعويين :

١ – دعوى فسخ البيع

٢ – ودعوى تنقيص الثمن

وقد يكون له الخيار بينهما او يكون له المطالبة بأحدهما فقط على حسب الأحوال الناشئة من العيب الخفي فالعيب اما أن يكون منقصاً للقيمة التى اعتبرها المشترى واما أن يجعله غير صالح للاستعمال . وإن كان العيب منقصاً للقيمة فاما ان يكون النقص بمقدار لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء واما أنه لا يمنعه عن الشراء

١٥٥٤ – فان كان النقص بمقدار لو علمه المشترى لامتنع عن الشراء او كان العيب يجعل الشيء غير صالح لاستعماله فيما أعد له فللمشترى (الخيار بين الفسخ وتنقيص الثمن)

ا – الخيار بين فسخ البيع اذا لم يكن ترتب على المبيع حقوق للدائنين برهن وبين طلب تنقيص الثمن مع التضمينات فى الحالتين اذا ثبت ان البائع يعلم بالعيب الخفي – مادة ٣١٤ (٣٨٨ م)

ب – ويكون له الحق فى طلب الفسخ فقط مع طلب رد الثمن ومصاريف البيع او ابقاء المبيع بالثمن المتفق عليه اذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخفي – مادة ٣١٥ (٣٨٩ م). (طلب الفسخ فقط)

طلب التنقيص فقط

حـ – ويكون له الحق فى طلب تنقيص الثمن فقط اذا كان العيب الخفى المترتب عليه نقصان القيمة لا يستوجب الامتناع عن الشراء لو اطلع عليه المشترى ويكون التنقيص بحسب تقدير أهل الخبرة – مادة ٣١٨ (٣٩٣ م)

١٥٥٥ – ويؤخذ من اشتراط القانون فى الحالة الأولى عدم جواز الفسخ إذا ترتب عليه ضرر بحقوق الدائنين برهن ان المشترى فى تلك الحالة لا يكون له غير طلب تنقيص الثمن مع التضمينات اذا ثبت علم البائع بالعيب الخفى ولا يصير له الخيار فى الدعويين الا اذا فك الرهن

والخيار الممنوح للمشترى فى الحالة الأولى يجعل له الحرية فى رفع أى الدعويين شاء (أى دعوى الفسخ أو دعوى النقصان مع التعويض) وأن يتنازل عن التى رفعها منهما ويعود لرفع الأخرى متى لم يكن صدر فيها حكم او صلح

وقد يحرم المشترى من حق دعوى الفسخ اذا كان باع ما اشتراه إذ ببيعه له تنتقل الملكية منه ولا يجوز له فسخ العقد ورد المبيع ولا يكون له اذن غير طريق واحد وهو طلب تنقيص الثمن

وانما يكون للمشترى منـــه الخيار اذا لم يكن العيب ظاهراً وقت شرائه كما سبق الكلام

١٥٥٦ – يقول مسيو بودان ان دعوى الفسخ ودعوى التنقيص لم تخرجا عن تطبيق القواعد العمومية . فدعوى التنقيص وبها يسترد المشترى جزءاً من الثمن تطبيق من تطبيقات القاعدة العامة القاضية بالزام المدين بتعويض الدائن اذا لم يف بتنفيذ جزء من تعهده

ودعوى الفسخ تطبيق لأحكام القاعدة القاضية بأن العقود الملزمة للجانبين تفسخ اذا لم يف احدهما بتعهده

١٥٥٧ – متى حكم بالفسخ تعود حالة المتعاقدين الى ما كانت عليه قبل التعاقد

فيسترد المشتري الثمن وفوائده من يوم دفعه وعليه أن يرد المبيع وثمرته وتوابعه ولو حدثت بعد البيع

١٥٥٨ — وهذا الأمر سهل اذا كان المبيع منقولاً . أما اذا كان عقاراً وترتب عليه حق عيني للغير قال بعضهم انه لا يجوز الفسخ إلاَّ إذا زال الحق العيني المذكور لأنه لا يمكن رد المبيع بالحالة التى استلمها المشتري إذا كان عليه حق عيني . وقال آخرون إن المشترى غير مكلف برفع الحقوق العينية قبل طلب الفسخ لعيب لأن الحكم بالفسخ للسبب المذكور يسرى مفعوله على الماضي وبذلك يزول أثر كل حق ترتب على المبيع من نفسه بمجرد صدور الحكم بالفسخ

ويرى فريق ثالث أنه يجب التفريق بين ما اذا كان المشترى رتب هذه الحقوق بعد اطلاعه على العيب الخفي او قبل اطلاعه عليه

فان كان المشترى قرر الحق العيني بعد اطلاعه على العيب الخفي سقط حقه فى الضمان (مادة ٣٢٥) لأن ذلك يفيد رضاءه بالبيع وقبوله له بالعيب الذى ظهر فيه . اما اذا قررها قبل اطلاعه على العيب ثم طلب الفسخ بعد الاطلاع فحكم به زال كل أثر من آثار الحقوق العينية التى رتبها المشترى على العقد بمجرد الفسخ كما هى الحال فى فسخ العقد لعدم تنفيذه أو لحصول غلط أو تدليس مفسد للرضا

ولأرباب الحقوق العينية أن يرجعوا على المشترى طبقاً لما تقضى به القواعد العامة . فمن أخذ حق ارتفاق من المشترى المذكور كان له أن يرفع عليه دعوى الضمان بناءً على استحقاق المبيع ونزعه منه . ولم يستثن القانون من هذه الحقوق العينية غير حق الدائن برهن عقارى فإنه لا يجوز الفسخ اضراراً بحقه . وقد يستفاد من هذا الاستثناء أن القاعدة جواز الفسخ ولو أقر بباقى الحقوق العينية — انظر مادة ٤١٤ (٣٨٨ م) وبودرى فقرة ٤٣٥

١٥٥٩ — ويلاحظ ان لا حق للمشترى فى تعويضات خلاف الثمن الاَّ فى حالة ما اذا كان البائع يعلم بالعيب الخفي — مادة ٣١٠٤

فاذا كان يجهله الزم بالثمن فقط

والتعويضات فى الحالة الواجبة فيها تقدر بحسب القواعد العامة الواردة فى باب التعهدات — مادة ١٢١ وما بعدها

ولما كان المفترض دائماً هو حسن النية أي جهل البائع بالعيب الخفى وجب على المشترى اثبات مدعاه اذا ادعى ان البائع كان يعلم به

وقد استثنى الشراح من هذه القرينة حالة حصول البيع بمعرفة نفس الصانع أو التاجر اذا كان هو الذى يصنع الشىء بنفسه أو تحت مراقبته لأن الغالب أنه يكون مطلعاً على عيبه . على أن البائع لو أثبت عكس ذلك قبل منه الاثبات ومتى تبين عدم علمه بالبيع عومل بنص المادة ٣١٥ لا ٣١٤ — قارن بودرى فقرة ٤٣٦

١٥٦٠ — نصت المادة ٣١٥ على أنه فى حالة جهل البـائع بالعيب يُرد الثمن والمصاريف التى ترتبت على البيع . والمراد بها مصاريف التسجيل وضبط العقد ان كان رسمياً وثمن التمغة ومصاريف فك الرهن ومصاريف نقل المبيع من مكانه الى محل المشترى وهكذا كل ما يترتب مباشرة على البيع

ومن الخطأ الذهاب لاعتبار مصاريف أخرى كمصاريف بذور جديدة اضطرّ المشترى لشرائهـا لعدم جودة الأولى ومصاريف المثال أو مصاريف الدعوى التى رفعها المشتري من أجل العيب لأن هذه تعويضات لا مصاريف بيع. والتعويضات لا محل لها متى كان البائع يجهل العيب الخفى

أما اذا كان المشترى قد أنفق نفقات زادت فى قيمة المبيع فعلى البائع دفعها له لأنه حين يأخذ الشىء بما فيه من الزيادة يغتنى بمال الغير وعلى هذا يجب عليه دفع قيمة الزيادة لأنه أخذ عوضها

١٥٦١ — نصت المادة ٣١٨ على انه اذا كان العيب الخفى الذى ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب امتناع المشترى عن الشراء لو اطلع عليه كان للمشترى الحق فقط فى تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة

وقد بينت المادة التالية لها الطريقة الواجب اتباعها لتنقيص الثمن فقالت : —

وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية فى حالة سلامته من العيب وقيمته الحقيقية فى الحالة التى هو عليها وبتطبيق نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه

وهى طريقة مأخوذة عن كتب الفقه . وطريقة احتسابها هى كما يأتى :

اذا فرضنا ان المشترى اشترى منزلاً فوجد به عيباً فقوم وهو سليم فوجدت قيمته الحقيقية ألفاً وقوم وهو معيب فوجدت ٦٠٠ جنيه فنسبة القيمتين لبعضهما هي ٣/٥ ويكون الفرق بين القيمتين هو ٢/٥ فهذا هو الفرق الذى يجب تنقيصه من الثمن

وهكذا متى عرف الفرق بين القيمتين عرف الفرق بين الثمنين فاذا كان الفرق ٢/٥ كان النقص بنسبة الخمسين وان كان ثلثاً فثلثه أو ربعاً فربعه وهكذا — راجع زيلعى ص ٣٤ ج ٤ ومادة ٤٣٢ مرشد الحيران

ونرى ان الواجب اتباع هذه الطريقة أيضاً فى الحالة المنصوص عليها فى مادة ٣١٤ إذ لا فرق بين الحالتين سوى أنه يجوز للمشترى فى حالة المادة ٣١٤ أن يطلب زيادة عن تنقيص الثمن — بالكيفية السابقة — تعويضات اذا ثبت علم البائع بالعيب الخفى وفى حالة المادة ٣١٨ لا حق له سوى طلب تنقيص الثمن

١٥٦٢ — نصت المادة ٣٢٣ على أنه اذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فهلاكه على البائع ويلزم حينئذٍ برد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال . والمراد بذلك أحوال علم البائع بالعيب الخفى وعدم علمه . فإذا كان يعلم بالعيب الخفى أُلزم بالتضمينات عملاً بنص المادة ٣١٤ والاّ فلا يلزم بها

هلاك المبيع بالعيب القديم

والحكمة فى ذلك أنه وقت طروء العيب ما كان المبيع مملوكاً للمشترى بل كان لا يزال مملوكاً للبائع فاذا انعدم محل البيع بسبب ذلك بطل البيع وكان الثمن بلا سبب (مقصد شرعى) فى يد البائع

١٥٦٣ — نص القانون المختلط فى المادة ٤٠١ على أنه اذا كان فى المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بالقضاء والقدر فهلاكه يكون على البائع

هلاك بالعيب الجديد

متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً او كان تقدير نقصان الثمن ممكناً فى الأحوال الجائز فيها نقصانه

أغفل الشارع الأهلى هــذه المادة وقد أصاب اذ لا يفهم كيف يجعل الهلاك المتسبب عن العيب الجديد على البائع

ويأخذ هذه المادة نفسه غير معروف لأنها لم ترد بالقانون الفرنسى كما ان الشريعة الاسلامية تجعل هلاك المبيع المعيب وهو فى يد المشتري عليه وانما يرجع المشتري على البائع بنقصان العيب وهذا أمر مفهوم ومعقول — مادة ٤٣٦ مرشد

كما انه اذا ظهر ان المبيع المعيب لا ينتفع به أصلاً فيبطل البيع ويكون للمشتري حق استرداد الثمن من البائع ان كان نقده اليه — مادة ٤٣٧ مرشد الحيران

وهذا ايضاً معقول وعلته مفهومة لأن البيع يكون بلا مبيع ففقد محله ومتى فقد محله بطل البيع ووجب رد الثمن فاذا كان الشارع المختلط يقصد بمادته هذه الاحوال فقد شط وأساء التعبير . والغالب أنه أخطأ فى الترجمة حيث إن النظرية تستقيم إذا عبر بالتلف أو الفساد بدل الهلاك والنص الفرنسى لا يأبى ذلك

عدم جواز التعامل به

١٥٦٤ — ذكر الفقهاء أيضاً حالة أخرى نوردها للقياس عليها . قالوا اذا كان المبيع عصيراً فتخمر فى يد المشتري ثم اطلع على عيب في العصير فلا يكون للبائع ان يأخذ الخمر و يرد الثمن وان وجد منه الرضا بالأخذ لأن الامتناع لحق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها فلا يقع بتراضى المتعاقدين كما لو تراضيا على بيع الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير — زيلعى هامش ص ٣٤ ج ٤

ووجه القياس على هذا أنه لو اعتبر المبيع من المنفعة العامة او صدر قانون بعدم جواز التبايع فيه او التعامل به كان رده للبائع وفسخ البيع ممنوعاً ولا يكون للمشتري غير طريق واحد وهو طلب تنقيص الثمن بنسبة العيب

حدوث عيب جديد

١٥٦٥ — اذا حدث بالمبيع عيب جديد عند المشترى واطلع على عيب كان فيه عند البائع فله أن يرجع بالنقصان وليس له أن يرده الاَّ برضا البــائع . لأن فى الرد

اضراراً بالبائع حيث خرج المبيع عن ملكه سالماً من العيب الثـانى ولا بد من دفع الضرر عنهما فيرتفع عن المشتري بالرجوع بالنقصان ويرتفع عن البائع بعدم الرد الا أن يرضى البائع بأخذه فحينئذٍ يكون أسقط حقه بنفسه ورضى بالتزام الضرر باختياره « زيلعى ص ٣٤ ج ٤ ومادة ٣٩٩ مختلط ومادة ٤٣٠ مرشد الحيران »

ولو رضى البائع بالرد وأخذ المبيع فلا يرجع على المشترى بشىء كما أن المشترى لا يرجع على البائع اذا رضى بأخذ المعيب — زيلعى ٣٤ ج ٤ آخر الصحيفة

١٥٦٦ — اذا زال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع — قارن مادة ٤٣١ مرشد الحيران ومادة ٣٩٩ مختلط

١٥٦٧ — اذا علم المشترى بالعيب فرضى به سقط حقه فى طلب الضمان . وكل ما يفيد الرضا صراحة أو دلالة يمنع الرد ولهذا اذا تصرف فى المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفى سقط حقه فى طلب الضمان لأن ذلك يعد رضاءً ضمنياً بالعيب كما إذا أجر المبيع او طالب بغلته او رهنه او جمع محصوله او زرعه او داوى العيب وحلب لبن المواشى وهكذا — ابن عابدين ص ٩٤ ج ٤ ومادة ٣٢٥ أهلى و ٤٠٣ مختلط و ٤٣٤ و ٤٣٥ مرشد الحيران العلم بالعيب

ومرجع ذلك ان كل تصرف من المشترى يدل على الرضاء بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والرجوع بالنقص — ابن عابدين ص ٧٦ ج ٤ ومادة ٤٣٤ مرشد الحيران

١٥٦٨ — أما اذا تصرف وهو لا يعلم بالعيب كأن أجر الأرض ثم اطلع على العيب جاز له طلب الضمان — ابن عابدين ص ٩٤ ج ٤ ومادة ٤٣٥ مرشد الحيران

وقد ورد به أيضاً ان المشترى لا يرد المبيع اذا رهنه الا بعد الفكاك — « ابن عابدين ص ٩٤ ج ٤ »

وهذا يوافق قاعدة الشارع المصرى التى أوردها فى مادة ٣١٤ منه ويقصد بها المحافظة على حقوق الدائنين المرتهنين لعقار فإن فى عدم الرد مصلحة لهم لأنه من المقرر بحسب أحكام القانون ان الفسخ يزيل كل أثر ترتب على العقد ويعيد المتعاقدين الى حالتهما الأولى قبله

وإذا أخذ الثوب وعرضه على خياط لينظر أيكفيه أم لا أو أخذ السلعة وعرضها على خبير بها ليقومها له فذلك لا يعد تصرفاً مفسداً للرضاء — ابن عابدين ص ٩٥ ج ٤

١٥٦٩ — اذا حدث عيب آخر عند المشترى بغير فعل البائع بأن كان بفعل المشترى او بفعل المعقود عليه او بآفة سماوية لا يجوز للمشتري رده بالعيب القديم لأنه يلزم رده بعيبين وانما يرجع بحصة المعيب الاّ اذا رضى به البائع ناقصاً كما قدمنا « ابن عابدين ص ٨٢ ج ٤ »

تغير حالة المبيع

١٥٧٠ — اذا تغيرت حالة المبيع بعد تسليمه بفعل المشتري او بفعل اي شخص آخر فلا يكون للمشتري حق فسخ البيع الاّ اذا كان العيب الحادث قد زال او كان البائع قد ارتضى بأخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه انما يسوغ للمشترى أن يطلب تنقيص الثمن بشرط عدم مراعاة التغيير الذى حصل فى المبيع — مثال ذلك صبغ الثوب المبيع والبناء والغرس فى الأرض المبيعة — مادة ٣٩٩ مختلط

ويلاحظ أن مأخذ هذه القاعدة من الشريعة الاسلامية مع هذا الفارق وهو أن الشريعة لا تجيز الرد فى حالة حصول الزيادة فى المبيع كيلا يلزم الربا حيث تبقى الزيادة فى ملكه بلا عوض اذا حصل الرد. ولما كان الامتناع لحق الشرع فلا يقدر على اسقاطه ولذلك جاء فى المادة ٤٣٣ مرشد الحيران أنه يمتنع الرد ولو قبله البائع بالعيب الحادث

على أن الفقهاء لم يمنعوا ذلك فى حالة الزيادة بصفة عامة بل قالوا ان الزيادة إما أن تكون متصلة أو منفصلة. فالمتصلة ضربان متولدة من الأصل كالجمال والسمن وهذه لا تمنع الفسخ ورد المبيع بالعيب لأنها تبع محض للمبيع لكونها وصفاً له وغير متولدة فى الأصل كصبغ الثوب وهذه هى التى لا يجوز فيها الرد. والمنفصلة أيضاً نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لأنه لا وجه للفسخ فيها مقصوداً لأن العقد لم يرد عليها ولا تبعاً لانفصالها ولا الى الفسخ فى الأصل وحده بدون الزيادة لأنه يؤدى الى الربا لأن المشترى اذا رد المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة فى ملكه بلا عوض والنوع الثانى من هـذا النوع زيادة غير متولدة من الأصل

كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ — زيلعى ج ٤ ص ٣٥

العيب فى المبيع المتعدد

١٥٧١ — ان ما تكلمنا عليه بشأن العيوب لا إشكال فيه اذا كان المبيع شيئاً واحداً . ولكنه قد يتناول جملة أشياء

فإذا كان البيع فى جملة أشياء فقد نص القانون الأهلى على حالة ما إذا كانت الأشياء معينة بعينها ولم يتكلم على بيع الأشياء المعينة بنوعها فقال

فى الأحوال التى يثبت فيها للمشترى حق الفسخ اذا كان البيع فى جملة أشياء معينة وظهر ببعضها عيب قبل التسليم فليس له فسخ البيع الاَّ فى جميع المبيع (٣١٦)

فان ظهر العيب بعد التسليم فللمشترى فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط اذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر (٣١٧)

ومأخذ هذا من الشريعة الاسلامية . فقد ورد فى كتب الفقه انه اذا وجد فى بعض المبيع عيب قبل قبضه كله فالمشترى مخير بين أخذ الكل بثمنه أو رد الكل لا المعيب وحده بحصته من الثمن ويأخذ السالم وكذا ليس للبائع أن يقبل المعيب خاصة — الاَّ اذا تراضيا على رد المعيب فقط وأخذ الباقى بحصته من الثمن — وذلك لعدم تفريق الصفقة قبل تمامها فالصفقة لا تتم قبل القبض والتفريق فى القبض كالتفريق فى القبول يمنع الانعقاد اذ القبض له شبه بالعقد لكونه مفيداً ملك التصرف ومؤكداً لملك الرقبة — مستفاد من ابن عابدين ص ٩٧ ج ٤ ومادة ٤٢٦ مرشد الحيران والزيلعى ص ٤١ ج ٤

١٥٧٢ — ولو قبض المشترى بعض المبيع فوجد فيه أو فيما بقى عيباً فحكمه حكم الحالة السابقة اذ الصفقة لم تتم بعد سواء كان المبيع واحداً أو عدة أشياء . وهذه الحالة لم يشر اليها القانون — مستفاد من ابن عابدين ص ٩٧ ج ٤

١٥٧٣ — أما لو قبض المبيع كله فوجد ببعضه عيباً قديماً فان كان المبيع واحداً كدار أو كرم أو أرض أو ثوب أو كان كيلياً أو وزنياً فى وعاء واحد أو صبرة واحدة أو شيئين كشىء واحد حكماً يخير بين أخذه كله ورده كله دون رد بعضه فقط اذ

فيه زيادة عيب هو الاشتراك فى الأعيان وهذا فيما لا يمكن قسمته بغير ضرر — « شرحه ومادة ٤٢٧ مرشد الحيران »

١٥٧٤ — أما اذا كان المبيع شيئين او اكثر بلا اتحاد حكماً كثياب أو كيلياً أو وزنياً فى أوعية مختلفة فللمشترى الرضا به بكل ثمنه أو رد المعيب فقط ولا يرده كله الا بتراض وذلك لأن الصفقة تمت ويصح تفريقها ويرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب اذ المبيع المعيب دخل فى البيع سليماً — ابن عابدين ج ٤ ص ٩٧ ومادة ٣١٧ أهلى و ٣٩١ مختلط و ٤٢٧ و ٤٢٨ مرشد الحيران

١٥٧٥ — والقانون لم يتكلم على كيفية احتساب ثمن الجزء الذى يرد لعيب فلنا ان نرجع الى أقوال الفقهاء فى هذا الشأن

جاء فى ابن عابدين (ص ٩٧ ج ٤) ان المشترى يرد المعيب بحصته من الثمن غير معيب اذ المبيع المعيب دخل فى البيع سليماً . فلو قبض المشتري المبيع رد المعيب بحصته سالماً وحده اذا لم يكن فى القسمة ضرر وذلك لجواز التفريق بعد تمام الصفقة كما قدمنا اما قبل تمامها فقد يتضرر البائع لأن العادة جرت بضم الجيد الى الردىء فى البيع

١٥٧٦ — والنظر فيما اذا كان يترتب على القسمة ضرر أو لا يترتب موكول الى القاضى يقدره بحسب الظروف فقد يشتري الشخص زوج خيل موءتلفين لوناً وأصلاً أو زوجى أحذية أو ثور الف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه فرد أحدهما يضر بالآخر ومع ذلك قد يكون الشراء فى موضع آخر بلا ضرر وقس على هذا فى الأرض والحبوب والسوائل وغيرها

تجزئة الدعوى

١٥٧٧ — هل دعوى الضمان تقبل التجزئة أو لا تقبل بمعنى انه يجوز رفعها من وارث واحد أو على وارث واحد بمطالبة الحق بأكمله

أما دعوى نقص الثمن فلا خلاف فى أنهـا قابلة للتجزئة لأن الغرض استرداد حصة المعيب من الثمن وهو من النقود أي قابل للتجزئة والتقسيم

وأما دعوى الفسخ فموضوعها رد المبيع واسترداد الثمن فرد المبيع قد يكون قابلاً للتجزئة او غير قابل لها بحسب الأحوال

وأما الثمن فقابل دائماً للتجزئة وعلى هذا لا يمكن اعتبار الدعوى به غير قابلة للتجزئة ولا يجوز مطالبة كل وارث الاّ بقدر نصيبه فى الميراث

واذا كان للمشترى عدة ورثة فطالب أحدهم بفسخ البعض فتضرر البائع من ذلك كان له أن يطلب رفض طلب المدعى الاّ اذا انضم معه باقى الورثة دفعاً لما يلحقه من الضرر وذلك قياساً على القاعدة المشار اليها فى مادة ٣١٧ حيث راعى الشارع فى جواز القسمة أنه لا ينشأ عنها ضرر — قارن مادة ١٦٧٠ قانون فرنساوى و ٣٤٧ مدنى أهلى

١٥٧٨ — ويلاحظ أن تقدير العيب ينظر فيه للاستعمال المقصود من المبيع كما قدمنا فى فقرة ١٥٣٤ . وذلك لأن العيب لا يكون عيباً إلاّ إذا أخل بالمقصود من المبيع ولذلك قد يختلف فى نفس الشىء الواحد باختلاف استعماله كالكى فى حصان معد للجر أو معد للرياضة وهكذا وهو أمر متروك للقاضى

١٥٧٩ — ودعوى الضمان سواء كان موضوعها طلب الفسخ أو تنقيص الثمن يجب تقديمها فى ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها والاّ سقط الحق فيها — مادة ٣٢٤ أهلى و ٤٠٢ مختلط مدة رفعها

وقد أراد القانون بذلك ارغام المشتري على رفع الدعوى فى أقرب وقت ممكن لأن المفروض ان المشترى يشرع فى اختيار وتجربة ما اشتراه فى الحال فاذا سكت زمناً طويلاً فكأنه رضى به . ولأن رفع الدعوى بعد العلم بالعيب بزمن وجيز دليل على ان العيب موجود وقت البيع او وقت التسليم ولأنه اذا طال الأمد تذهب معالم العيب وآثاره فيصعب اثبات ما اذا كان قديماً أو حادثاً

الفصل العاشر

فى تعهدات المشترى

اداء الثمن والاستلام

قوانين مصرية

مادة ٣٢٨ أهلى — يجب على المشترى وفاء الثمن فى الميعاد وفى المكان المعينين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه

مادة ٤٠٦ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٩ أهلى — فى حالة عدم وجود شرط صريح فى العقد يكون الثمن واجب الدفع حالاً فى مكان تسليم المبيع واذا كان الثمن مؤجلاً يكون دفعهُ فى محل المشترى

ومع ذلك يراعى فى هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى

مواد ٤٠٧ و ٤٠٨ و ٤٠٩ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٣٠ أهلى — اذا لم يحصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد الثمن لا يكون للبائع حق فيها الاَّ اذا كلف المشترى بالدفع تكليفاً رسمياً أو

شريعة اسلامية

مادة ٣٨٧ مرشد الحيران — يجب على المشترى أن ينقد الثمن أولا فى بيع سلعة بنقد ان أحضر البائع السلعة ما لم يكن الثمن ديناً مؤجلا على المشترى ولم يكن للمشترى فى البيع خيار فلو كان الخيار للبائع فله أن يطالب المشترى بالثمن ولو أخذه لا يسقط خياره

مادة ٣٨٨ منه — اذا بيعت سلعة أو نقود بمثلها يسلم المبيع والثمن معاً

مادة ٣٨٩ منه — اذا كان الثمن مؤجلا الى أجل معلوم يلزم اداؤه عند حلول أجله

وان كان مقسطاً على أقساط معينة يؤدى كل قسط فى ميعاده فان تأخر المشترى عن اداء قسط لا تصير الاقساط الأخر حالة الا اذا كان ذلك مشروطاً فى العقد

مادة ٣٩٠ منه — يحل الثمن المؤجل بموت المشترى ولا يحل الثمن بموت البائع بل تنتظر ورثته أو غرماؤه حلول الاجل لاستيفاء الثمن أو الاقساط التى تكون باقية فى ذمة المشترى

مادة ٣٩١ منه — اذا كان مكان اداء الثمن معيناً فى العقد فان كان مما له حمل ومؤنة صح التعيين ويلزم اداؤه فى المكان المشترط اداؤه فيه وان كان مما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح التعيين ويجوز البيع

مادة ٣٩٢ منه — لا يجوز بأى وجه كان للمشترى أن يحبس الثمن الحال بعد قبض

كان المبيع الذى سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى

مادة ٤١٠ مختلط — مطابقة لها مع حذف عبارة او كان المبيع الذى سلم... الخ

مادة ٣٣١ أهلى — واذا حصل تعرض للمشترى فى وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على البيع او ناشىء من البائع او ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية من المشترى فله أن يحبس الثمن عنده الى أن يزول التعرض او السبب الا اذا وجد شرط بخلاف ذلك ولكن يجوز للبائع فى هذه الحالة ان يطلب الثمن مع اداء كفيل للمشترى

مادة ٤١١ و ٤١٢ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٣٢ أهلى — اذا لم يدفع المشترى ثمن المبيع فى الميعاد المتفق عليه كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب الزام المشترى بدفع الثمن

مادة ٤١٣ مختلط — مطابقة لها مع اضافة : مع مراعاة حقوق أصحاب الرهون العقارية المسجلة ومن انتقلت اليهم ملكية المبيع من المشترى مع استيفاء رسوم التسجيل بعد فسخ البيع

المبيع الا اذا استحق المبيع بالبينة وفسخ البيع قبل اداء الثمن

مادة ٣٩٣ منه — اذا لم يدفع المشترى الثمن حالا ان كان معجلا أو عند حلول أجله ان كان مؤجلا فلا يفسخ البيع بل يجبر المشترى على دفع الثمن فان امتنع يباع من متاع المشترى ما يفى بالثمن المطلوب منه

مادة ٣٩٤ منه — لا يجوز للقاضى أن يمهل المشترى فى دفع الثمن للبائع ما لم يكن المشترى معسراً لا يقدر على الوفاء فينتظر الى الميسرة

مادة ٣٩٥ منه — اذا كان الثمن عيناً يجوز للبائع أن يتصرف فيه قبل أن يقبضه من المشترى ببيع أو هبة أو وصية أو غير ذلك

مادة ٣٩٦ منه — اذا كان الثمن ديناً فى ذمة المشترى فليس للبائع أن يتصرف فيه قبل قبضه ولا يملكه لأحد غير المشترى الثابت الدين فى ذمته ما لم يسلطه على قبضه من المشترى فيقبضه منه أو يحيل عليه غريماً له ليأخذه منه أو يوصى به لأحد فانه يصح تمليكه لغير المشترى فى هذه الصور الثلاث

قانون فرنساوى

مادة ١٦٥٠ منه — المشترى ملزم أصلا بأن يدفع الثمن للبائع فى اليوم والمحل المعينين فى عقد البيع

مادة ١٦٥١ منه — فاذا لم يكن حصل اتفاق على ذلك عند البيع لزم المشترى ان يدفع الثمن فى وقت حصول تسليم المبيع وفى مكانه

مادة ١٦٥٢ منه — يلزم المشترى بدفع فوائد الثمن الى أن يدفع رأس المال فى الاحوال الثلاثة الآتية :

الأولى — اذا اتفق العاقدان على ذلك عند العقد

الثانية — اذا كان المبيع الذى سلم للمشترى ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى

مادة ٣٣٣ أهلى – يجوز للمحكمة أن تعطى لأسباب قوية ميعاداً للمشترى لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت الحجز عند الاقتضاء ولا يجوز أن يعطى الاّ ميعاد واحد

مادة ٤١٤ و ٤١٥ مختلط – مطابقة لها

٣٣٤ أهلى – اذا اشترط فسخ البيع من نفسه عن عدم دفع الثمن فليس للمحكمة فى هذه الحالة أن تعطى ميعاداً المشترى بل ينفسخ البيع اذا لم يدفع المشترى الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً الاّ اذا اشترط فى العقد ان البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج الى التنبيه الرسمى

مادة ٤١٦ مختلط – مطابقة لها

٣٣٥ أهلى – وفى بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخاً حتماً اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمى

مادة ٤١٨ مختلط – مطابقة لها

الثالثة — اذا كلف المشترى بالدفع تكليفاً رسمياً وفى هـذه الحالة الأخيرة لا تحتسب الفوائد الا من يوم التكليف

مادة ١٦٥٣ منه — اذا حصل تعرض للمشترى أو ظهر له سبب قوى يخشى منه حصول التعرض له باقامة دعوى ارتهان المبيع أو استرداده جاز له حبس الثمن الى أن يزيل البائع وجه التعرض ما لم يقدم له كفيلا أو يكون اشترط دفع الثمن مع حصول التعرض

مادة ١٦٥٤ منه — اذا لم يدفع المشترى الثمن جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع

مادة ١٦٥٥ منه — يحكم بفسخ البيع فى العقار فوراً اذا كان يخشى البائع من ضياع المبيع والثمن

فاذا كان لا يخشى من ذلك جاز للقاضى امهال المشترى بضرب أجل قصير أو طويل على حسب الأحوال

فاذا فات الأجل ولم يدفع المشترى الثمن حكم بفسخ البيع

مادة ١٦٥٦ منه — اذا اشترط فى بيع العقار بأنه اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه يصير البيع مفسوخاً من نفسه جاز للمشترى مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الأجل ما لم يكلف رسمياً بالدفع ولا يجوز للقاضى أن يمنح المشترى أجلا آخر بعد التسليم .

مادة ١٦٥٧ منه — فى بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة يفسخ البيع من نفسه وبدون احتياج لتنبيه رسمى لمصلحة البائع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه لاستلام المبيع

تمهيد

١٥٨٠ — بعد أن بين القانون واجبات البائع التى هى حقوق للمشترى شرع يبين واجبات المشترى التى هى حقوق للبائع

والمشترى ملزم بتعهدات أهمها تعهده باداء الثمن ويليه التعهد باستلام المبيع وذلك خلاف واجبات أخرى ثانوية تكلم عليهــا القانون فى مواضعها كرسوم عقد البيع ومصاريف الشال أو دفع الثمن (انظر مادة ٢٤٣ و ٢٨٤ أهلى) كما ان عليه أداء ما أنفقه البائع من المصاريف لصيانة المبيع المعين بذاته وسنشرح هنا تعهده باداء الثمن ثم تعهده باستلام المبيع

الفرع الأول — فى التعهد باداء الثمن

١٥٨١ — من المعلوم ان البائع انما باع المبيع ليحصل على ثمنه فواجب على المشترى اداؤه اليــه ولذلك قرر القانون فى المادة ٣٢٨ بأنه يجب على المشترى وفاء الثمن

وفى بيع الغرر كعقد الالتزام مثلاً يجب دفع الثمن ولو مع تحقق عدم انتفاع الملتزم لأن الالتزام عبارة عن بيع أمل الحصول على شىء فى المستقبل فهو من عقود البيع الموكول أمر نجاحها الى الصدفة

فملتزم المعدية لا حق له فى امتناعه عن دفع ثمن الالتزام متعللاً بأنه تعطل عن عمله فى زمن الثورة العرابية لعدم وجود من يعديه وبذلك لم يحصل على المربوط عليه خصوصاً اذا قيل فى نص عقده وان حصل عجز فى المربوط فنكون ملزمين به —

« استئناف أهلى ٢٨ يوليه سنة ١٨٩٥ مجلة القضاء »

المبحث الأول — فى زمن اداء الثمن ومكانه

١٥٨٢ — يجب أن يؤدى الثمن فى الميعـاد والمكان المعينين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه — مادة ٣٢٨ (٤٠٦ م)

فاذا سكت المتعاقدان عن تعيين ذلك بشرط صريح فى العقد كان الثمن واجب الدفع حالاً (نقداً) وفى مكان تسليم المبيع الاَّ اذا كان الثمن مؤجلاً فيكون دفعه فى محل المشترى — أنظر مادة ٣٢٩ أهلى (٤٠٧ و ٤٠٨ مختلط)

ويلاحظ أن نص العبارة الأولى من المادة ٣٢٩ مخالف للحكم العام من جهة اقتضائه وجوب دفع الثمن فى « مكان تسليم المبيع » اذ الحكم العام يفيد اداء الثمن فى « محل المشترى » لأنه المتعهد بالدفع — مادة ١٧٠

والحكمة فى ذلك أن تسليم المبيع واداء الثمن يجب أن يحصلا فى وقت واحد ما لم يكن هناك شرط مخالف كتأجيل الثمن لهذا وجب أن يكون التسليم والدفع فى مكان واحد . ولما كان الثمن أخف حملاً وكلفة قرر الشارع أن الثمن يؤدى فى محل المبيع اذ العكس يستدعى نفقات طائلة. فاذا لم تكن هناك حاجة للوفاء بالتعهدين فى وقت واحد وهما تعهد البائع بالتسليم وتعهد المشترى باداء الثمن رُجع للحكم العام وهو دفع الثمن فى محل المشترى لأنه المتعهد

١٥٨٣ — نص القانون على حالة تأجيل الثمن فقرر بأن دفعه يكون فى محل المشترى وهذا الحكم بعينه يجب أن يتبع فى حالة ما اذا كان تسليم المبيع مؤجلاً والثمن حالاً لأن للمشترى أن يتمسك بنص المادة ١٧٠ القاضية بأنه اذا كان المتعهد به عبارة عن نقود فيعتبر أن الوفاء مشترط حصوله فى محل المتعهد أما لو كان التسليم واداء الثمن مؤجلين لأجل واحد كان اداء الثمن واجباً حصوله فى مكان المبيع كما بينا

فاذا كان الثمن حالاً فأمهل البائع المشترى فى ادائه مع أنه سلمه المبيع فان الثمن

يكون مستحق الاداء فى مكان تسليم المبيع طبقاً لنص العبارة الأولى من المادة ٣٢٩ لأن الامهال لا يفيد ترك هذا الحق

١٥٨٤ — فيرى مما تقدم أن الشروط اما أن يكون منصوصاً عليها فى العقد وحينئذٍ تكون قانون المتعاقدين أو غير منصوص عليها وحينئذٍ تتبع أحكام المادة ٣٢٩ فقرة أولى

على أنه قد يشاهد أن للعرف التجاري والعوائد الثابتة أحكام تسير عليها الناس فى معاملاتهم كأن يجرى العرف على أن المشترى لا يدفع الثمن الاَّ بعد مدة من البيع أو أن المشترى يؤدى دائماً الثمن فى محل البائع . فاذا سكت المتعاقدان عن اشتراط شيء خاص بزمان ومكان دفع الثمن فيحمل سكوتهما على أنهما يريدان الجرى على ما يقضى به العرف لهذا نص القانون فى الفقرة الثانية من المادة ٣٢٩ بأن يراعى فى هذه المادة عرف البلد والعرف التجارى

ويؤخذ من ذلك أنه فى حالة سكوت المتعاقدين يعتبر العرف الثابت فان لم يوجد يرجع الى حكم الفقرة الأولى من المادة ٣٢٩ . وقدمنا العرف على نص القانون لأن القرائن تحمل على الاعتقاد بأن المتعاقدين أرادا اتباعه لشيوعه وثبوته

١٥٨٥ — اذا اشترط فى عقد البيع أن المشترى يؤدى الثمن عند امكانه أو عند القدرة عليه أو متى شاء ونحو ذلك فهل يكون الثمن واجب الدفع حالاً أو مؤجلاً وما حد هذا الأجل

الظاهر من قصد المتعاقدين أن الثمن غير واجب الدفع حالاً والزامه بذلك يكون مخالفاً لشرط المتعاقدين غير أنه لما كان عدم تحديد أجل كذلك للدفع يعد مخالفاً لشرطهما اذ يحصل أن المشترى لا يريد الاداء مطلقاً وجب فى هذه الحالة أن يعين القاضى الوقت الذى يقتضى حصول الاداء فيه وذلك قياساً على ما قرره القانون فى مادة ٤٧٥ الخاصة بالعارية — أنظر بودرى فقرة ٤٩٩

ولا يصح القول بأنه يجب دفع الثمن حالاً وللقاضى أن يأذن بالوفاء على أقساط

أو بميعاد لائق لأن ذلك لا يجوز الاَّ للمدين السيئ الحظ (مادة ١٦٨) فالمشترى الذى لا يكون فى هذه الحالة يحرم من المزية التى أعطاها له البائع وهى أن يدفع عند امكانه . وغاية الأمر لما كان من اللازم منع الافراط وجب تداخل القاضى فى تعيين الوقت

١٥٨٦ — اذا بيعت جملة أشياء بثمن واحد ففى أى وقت يؤدى الثمن اذا حصل التسليم على جملة دفع وفى أوقات مختلفة أيدفع المشترى جزءاً من الثمن بنسبة ما سلم اليه أو لا يدفع شيئاً حتى يتم التسليم

أما اذا نص المتعاقدان على ذلك بشروط صريحة فى العقد فالشرط يتبع . فان لم يوجد شرط فيرجع للعرف التجاري أو العوائد الثابتة

ويلاحظ هنا أن القانون المصري لم ينص على أن اداء الثمن يكون فى الزمان الذي يحصل فيه التسليم كما نصت على ذلك مادة ١٦٥١ من القانون الفرنساوى . واستنتج الشراح من نصها على أنهُ اذا كان مذكوراً فى العقد أن التسليم يحصل على جملة دفع وكل دفعة يستلمها المشتري يدفع ثمنها فان كان بعض المبيع غير متفق عليه فلا يعتبر التسليم تاماً الاَّ عند تسليم آخر دفعة وحينئذٍ يستحق اداء الثمن والرأي الذي يجب العمل به فى القانون المصري هو أنه عند عدم الشرط يتبع العرف — « مادة ٣٢٩ فقرة ثانية »

١٥٨٧ — اذا أحال البائع الثمن لشخص آخر فهل يكون الثمن واجب الاداء أيضاً فى مكان تسليم المبيع عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٣٢٩

اذا لم يوجد شرط خاص فيرجع للحكم العام الوارد فى مادة ١٧٠ وهو الاداء فى محل المشترى لأنه المتعهد وذلك لأن الغرض من الدفع فى مكان التسليم هو الدفع لنفس البائع متى كان التسليم والاداء واجباً حصولهما فى وقت واحد اما وقد أحال البائع شخصاً يقبض الثمن فكأنه رضي بالتسليم دون الاداء

المبحث الثانى — فى حبس الثمن

١٥٨٨ — اذا تعين وقت لاداء الثمن نصاً فى العقد او عرفاً فللمشترى ان يحبس الثمن ويمتنع من ادائه اذا حصل تعرض له فى وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على البيع او ناشىء من البائع او خشى المشتري الاستحقاق وذلك الى ان يزول التعرض او خطر الاستحقاق

وذلك ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك

أو لم يطلب البائع الثمن مع تقديم كفيل — انظر مادة ٣٣١

والحكمة فى ذلك انه اذا استحق المبيع وجب على البائع رد الثمن فمن الصواب أن يحبسه المشترى اذا خشى الاستحقاق لأنه اذا أداه قد يضيع عليه الثمن والمبيع معاً اذا تمّ الاستحقاق و بدد البائع الثمن وليس عنده ما يفى به

١٥٨٩ — وقد اشترط القانون لجواز حبس الثمن أن يحصل تعرض للمشترى وقيد التعرض بأن يكون مبناه حقاً سابقاً على البيع . او صادراً من البائع . او كان المشترى يخشى الاستحقاق وهذه مسألة يقدرها القاضى

فاذا قام الدليل للمشترى على أن البائع لا يملك المبيع فله حبس الثمن كما له طلب ابطال البيع بحسب نص المادة ٢٦٤

١٥٩٠ — وكذلك كلما ظهر له سبب يخشى منه خطر استحقاق المبيع عليه له حبس الثمن . فاذا تبين له ان البائع مالك للشىء بشرط فاسخ وان الشرط لم يلغ جاز له حبس الثمن . مثال ذلك شراء عقار بيع بالمزاد الجبرى ولم يدفع البائع الثمن بأكمله ويحتمل اعادة البيع على ذمته فللمشترى حبس الثمن ولو لم يحصل فعلاً اعادة البيع الاّ اذا أثبت له البائع بأن السبب الذى يخشى منه قد زال

١٥٩١ — واذا تبين وجود رهن على العقار كان للمشترى حبس الثمن أيضاً لأنه يخشى خطر الاستحقاق حتى ولو كان الدائن المرتهن لم يتخذ اجراءات ما لنزع العقار

فإن مجرد وجود التسجيلات على العقار كاف لذلك ولو كان البائع يدعى انه سدد الدين لأنه واجب عليه أن يطلب شطب الرهن أو يأخذ اقراراً من المرتهن بحصوله على حقه اذ ليس للمشترى ان يقدر بنفسه قيمة التسجيلات ومجرد وجودها تهديد مجيز لحبس الثمن . ولو ادعى البائع ان الرهن العقارى باطل فلا يجبر المشترى على اداء الثمن

١٥٩٢ — والمحتال بالثمن كالمحيل لأنه لا يكسب حقوقاً أكثر من المحيل ولهذا كان للمشترى أن يحبس الثمن ولا يؤديه الى المحول اليه اذا وجد شرط من شروط المادة ٣٣١

١٥٩٣ — نصت المادة ٣٣١ صراحة على ان للمشترى حبس الثمن ولم تلزمه بايداعه وعلى ذلك لا يمكن تكليفه بالإيداع فى أحوال المادة ٣٣١ لأن الايداع محله رغبة المشترى فى البراءة من الثمن فأجاز له القانون أن يبقى مديناً به وأن يحبسه بطرفه فلا يجوز تكليفه بأمر آخر لا يقتضيه نص المادة

١٥٩٤ — اذا كان المشترى أدى الثمن فحصل له تعرض أو خشى الاستحقاق لم يكن له استرداد الثمن . وانما اذا استحق عليه العقار يكون له الحق فى دعوى ضمان المبيع لاستحقاقه وهى تجيز له رد الثمن والتضمينات حسب الأحوال وذلك لأن المادة أجازت له الحبس قبل اداء الثمن ولم تجز له استرداده

١٥٩٥ — اذا كان الثمن سلم لمحام كلف بتحرير العقد وكان لا يزال باقياً بطرفه فهل للمشترى استرداده اذا ظهر له سبب موجب لحبس الثمن ؟

فرق الشراح بين حالة ما اذا كان البائع أعطى مخالصة للمشترى بالثمن أو لم يعطه مخالصة . ففى الحالة الأولى انتقل الثمن لملك البائع وكان أمانة تحت يد المحامى على ذمته . اما اذا لم يكن أخذ به مخالصة فهو لا يزال على ملك المشترى وتحت يد المحامي أمانة على ذمته فله حينئذٍ حبسه

١٥٩٦ — اذا أودع الثمن ايداعاً قانونياً فى صندوق المحكمة كان للمشترى

استرداده لأنه لا يزال صاحب الحق ما لم يكن هناك مانع من الرجوع بمقتضى أحكام المادتين ٦٩٣ و ٦٩٤ من قانون المرافعات

علم المشترى لا يسقط الحبس

١٥٩٧ — ان علم المشترى وقت البيع بخطر الاستحقاق لا يحرمه على وجه العموم من حق حبس الثمن ما لم يزل سبب الحبس وذلك لأن المشترى قد يعتقد ان البائع سيتخذ اللازم لازالة الخطر . فاذا كان المشترى يعلم ان ما اشتراه مرهون فله حبس الثمن حتى يفك الرهن — بودرى المطول فقرة ٥١٢

اسقاط الحبس بالشرط

١٥٩٨ — وحيث كان نص المادة ٣٣١ لا مساس له بالنظام العام فللمتعاقدين أن يشترطا خلاف ما قدمنا وقد أشارت الى ذلك نفس المادة صراحة فقالت « الاّ اذا وجد شرط بخلاف ذلك »

ولكن الشرط يجب أن يكون صريحاً بيناً فقد قلنا ان المشترى قد يعلم بخطر الاستحقاق ومع ذلك يكون له حبس الثمن . فلا يسقط حقه فى الحبس حينئذٍ الاّ اذا تنازل عنه صراحة أو دلالة بأن عمل أعمالاً تفيد تنازله عن حق الحبس المذكور . فاذا حرر للبائع سندات تحت الإذن بقيمة الثمن كان ذلك دليلاً على تركه حقه فى الحبس ودفعه الثمن لحامل السند تحت الاذن أيًّا كان . وكذلك قبوله تحويل الثمن عليه من البائع لشخص آخر اذا أفاد التحويل استبدال الدين بغيره وذلك لأن التعهد القديم يزول وينشأ مكانه تعهد جديد

١٥٩٩ — اذا شرع المشتري فى وفاء ديون الدائنين المرتهنين بحسب أحكام القانون وتبين له خطر الاستحقاق كان له حبس الثمن . كذلك اذا تمَّ ترتيب درجات الدائنين عند التوزيع فله حبس الثمن وعدم ادائه للدائنين المرتبة درجاتهم اذا حصل له تعرض يخشى منه نزع الملك لأن تسليم الدائنين قوائم بدينهم لا يكسبهم حقاً أكثر من البائع

شرط عدم الضمان لا يسقط الحبس

١٦٠٠ — اذا اشترط فى عقد بيع عدم ضمان البائع بصيغة عامة فهذا الشرط لا يمنع المشترى من حبس الثمن لأن البائع لا يعفى بهذا الشرط من رد الثمن عند الاستحقاق

أما اذا ثبت فى هذه الحالة علم المشتري فى وقت البيع بالسبب الموجب للاستحقاق أو اشترى المبيع ساقط الخيار فليس له الحبس لأنه لو استحق العقار للزمه دفع الثمن ولو كان دفعه لم يكن له استرداده — انظر مادة ٣٠٢ أهلى وفقرة ١٥١٢ المتقدمة وما بعدها

اجبار المشترى على دفع الثمن

١٦٠١ — للبائع مع ذلك اجبار المشترى ولو كان له حق الحبس على دفع الثمن فى حالتين :

الأولى — انتهاء التعرض أو زوال خطر الاستحقاق

الثانية — تقديمه كفيلاً

زوال السبب الموجب للحبس

١٦٠٢ — اذا حصل البائع على اقرار من الدائنين المرتهنين بترك حقهم فى الرهن أو بفكه فلا يكون هناك موجب لحبس الثمن

كذلك اذا قدم البائع كفيلاً مقتدراً يضمن استرداد الثمن لا يكون للمشترى صالح فى الحبس لأن الاستحقاق أمر طارىء قد لا يحصل واذا حصل فالكفيل مقتدر . وهذا ما يسميه الفقهاء بضمان الدرك فان الضامن فى هذه الحالة يضمن الثمن عند استحقاق المبيع — انظر التعليق على فقرة ١٣٧٧ وفقرة ١٥٢٠

والكفيل فى هذه الحالة لا يضمن غير ثمن المبيع فقط ولا يكون مسئولاً عن التضمينات التى يلزم بها البائع بحسب نص المادة ٣٠٤ وذلك لأن الغرض هو منع المشترى من حبس الثمن

١٦٠٣ — وتقديم الكفيل أمر متروك لخيار البائع فليس للمشترى أن يجبره عليه لأن له حق الحبس اذا كان الخطر موجوداً

كذلك حق الحبس أمر اختيارى للمشترى فله أن يتنازل عنه ويدفع الثمن أو يودعه ولو لم يقدم له كفيل

١٦٠٤ — اذا عرض المشترى مبلغاً لوفاء دين الدائنين المسجلين فله أن يحبس الثمن عنده ليسدد دينهم ولو قدم البائع كفيلاً حتى لا يلزم بدفع الثمن مرتين

١٦٠٥— اذا حصل التعرض أو الاستحقاق فى جزء من المبيع فلا يكون للمشترى حق حبس الثمن الاَّ فى حصة ما استحق أو حصل فيه التعرض وللبائع أن يجبره على دفع ثمن هذه الحصة اذا قدم عنها كفيلاً . واذا قام نزاع بشأن تقدير هذه الحصة فصلت فيه المحاكم

١٦٠٦ — هل يترتب على حبس الثمن حبس فوائده أيضاً ؟ حبس الفوائد

الرأى الراجح أنه لا يجوز حبس الفوائد لأنها فى مقابل المنفعة بالمبيع الذى ينتفع به المشترى وقد فصل مع ذلك المسيو لوران فقال ان للمشترى حبس الفوائد اذا كان المبيع لا ينتج ثمرة لأن الفوائد فى مقابل المنفعة ولكن بعضهم يخالف ذلك ويقول ان المشترى يتمتع بالمبيع التمتع الممكن أثمر أو لم يثمر وعليه دفع الفوائد التى هى مقابل التمتع

ولكن الآراء متفقة على أن للمشترى حبس الفوائد اذا كان العقار اغتصب منه بالقوة لأنه يكون حرم المنفعة — بودرى فقرة ٥١٩

١٦٠٧ — ليس للمحكمة بسبب عدم قيام المشترى بدفع ثمن الشيء المبيع أن ترفض طلبه تثبيت ملكيته له متى كان البائع لا يطالب بفسخ العقد لأنه ليس للبائع والحالة هذه الاَّ حق حبس الشيء المبيع — حكم محكمة طنطا الاستئناف الرقيم ١٧ نوفمبر سنة ١٩٠٣ مجموعة ٨٨ ص ١٦٩ س ٥

المبحث الثالث — فى فوائد الثمن

١٦٠٨ — يستفاد من نص المادة ٣٣٠ أهلى (٤١٠ م) على أنه يحتسب للثمن فوائد فى الأحوال الآتية :

١ — اذا حصل الاتفاق فى عقد البيع على احتساب فوائد له

٢ — أو كلف المشترى بالدفع تكليفاً رسمياً

٣ — أو كان المبيع الذى حصل تسليمه تنتج منه ثمرات أو أرباح أخرى

١٦٠٩ — ويسرى حكم هذا النص على جميع البيوع مدنية كانت أو تجارية

لأنه من المقرر أن تتبع أحكام القانون المدنى فى المسائل التجارية ما لم يرد عنها نص مخالف فى القانون التجارى ولا نص به على ذلك

١٦١٠ — وأحكام هذه المادة هى عبارة عن تطبيق للأحكام العامة من جانب وشذوذ لها من جانب آخر واليك البيان :

١ — فحالة الاتفاق على احتساب الفوائد ليست الاّ تطبيقاً للقاعدة العامة بأن الاتفاق قانون المتعاقدين . ولا نزاع فى أنه لا يجوز أصلاً أن يحصل الاتفاق على فوائد أزيد من ٩ فى المائة سنوياً والاّ كان ذلك مخالفاً لنص المادة ١٢٥ ووجب على القاضى انقاص الفوائد الزائدة للحد المقبول قانوناً

٢ — أما حالة استحقاق الفوائد من وقت التكليف الرسمى فمخالفة للقاعدة العامة الواردة بمادة ١٢٤ والقاضية بأن الفوائد تستحق من وقت المطالبة الرسمية فقط أى من يوم المطالبة أمام القضاء.

ومما لا نزاع فيه أن التكاليف لا يكون له مفعول الاّ اذا كان الثمن مستحق الدفع حالاً أو انقضى الأجل المعين للدفع . فقبل انقضاء الأجل يكون التكليف لغواً غير معتبر حيث لا قيمة له

والمطالبة أمام محكمة غير مختصة تستوجب احتساب الفوائد لأن المطالبة تتضمن التكليف بدفع الثمن ومجرد التكليف كاف لاحتسابها بلا مطالبة أمام القضاء

٣ — تحتسب الفوائد اذا كان المبيع — قد سلم — وتنتج منه ثمرات أو أرباح أخرى . وهذان شرطان لازمان وذلك لأن فى هذا النص مخالفة للحكم العام القاضى بعدم سريان الفوائد من نفسها و بقوة القانون ووجه مخالفته أن البائع يجنى ثمرة المبيع المسلم اليه أو ربحه فليس من العدل أن يستغل العقار وثمنه فيجب أن يدفع فوائد الثمن وهى مقابل الثمرة للبائع

والفوائد تستحق بمجرد كون المبيع قابلاً لانتاج الثمر أو الربح ولو لم يجنها المشترى فعلاً كأن استلم بعد زمن جنى المحصول أو هلك الزرع بآفة سماوية أو غير ذلك

لأن النص اكتفى بأن يكون المبيع ينتج منه ثمرة أو ربح

١٦١١ — ولمعرفة ما اذا كان المبيع ينتج ثمرة أو لا ينتج ينبغى أن ننظر لحالته « وقت البيع » لأنه لتفسير شروط يجب تفسيرها بحسب قصد المتعاقدين وقت التعاقد . فاذا كان الثمن ينتج ثمرة وقت التعاقد كبيع أرض مزروعة فانها تنتج ثمرة وتستوجب احتساب الفائدة ولو هلك الزرع بعد أما اذا كان لا ينتج ثمرة الاَّ بعد تغيير حالته كأرض غير منزرعة أو منزل غير مؤجر لأن تأجير الأرض أو المنزل أو زرع الارض تغيير لحالتها التى كانت عليها وقت التعاقد

على ان هذه مسألة وقائع تقدر بمراعاة الظروف وقصد المتعاقدين وقت التعاقد كما تقدم

١٦١٢.— وليس من اللازم الاستلام فعلاً بل الاستلام حكماً كافٍ . فاذا كلف البائع المشترى باستلام المبيع فلم يستلمه ولا وجه له فى الامتناع حقت عليه فوائد الثمن لأن عدم تحصيل ثمرة المبيع آتٍ من قبله — بودرى ٥٢٥ وترولونج نمرة ٦٠٣ جزء ٢

١٦١٣ — وتسرى هذه القاعدة على البيع الحاصل بالمزاد الجبرى مادام الراسى عليه المزاد استلم المبيع المنتج للثمرة أو الربح

١٦١٤ — اذا سلم المبيع المنتج للثمرة قبل عقد البيع فلا تسرى الفوائد الاَّ من تاريخ البيع لأنه قبل ذلك التاريخ لم يكن الثمن مستحقاً

اذا استلم المشترى الشىء المبيع وانتفع بغلته وبقى عليه شىء من الثمن تأخر فى دفعه فمن الواجب عليه أن يدفع فوائد هذا الباقى لأن ليس من العدل فى شىء أن يحرم البائع من غلة عقاره ومن ثمنه أيضاً — استئناف مصر الاهلية ٧ ديسمبر سنة ٩٠٩ الاستقلال عدد ٣٥ س ٧ ص ٢٨٠

١٦١٥ — ولا يوقف سريان الفوائد المستحقة على المشترى حجز الثمن تحت يده بمعرفة دائنى البائع ولا استبقاؤه تحت يد المشترى على ذمة الدائنين المرتهنين للمبيع فتسليم الثمن وجده أو ايداعه هو الموقف لسريانها — أوبرى ورو ص٣٩٨ ج٤

المبحث الرابع — فى فسخ البيع لعدم دفع الثمن

خيار البائع بين الفسخ وطلب الثمن

١٦١٦ — اذا لم يدفع المشترى ثمن المبيع فى الميعاد المتفق عليه أو عند عدم الاتفاق لم يدفعه حالاً فى مكان تسليم المبيع بحسب نص المادة ٣٢٩ فيترتب على عدم قيامه بهذا التعهد أن يكون للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع و بين طلب الزام المشترى بدفع الثمن — مادة ٣٣٢ اهلى و ٤١٣ مختلط

حقوقه الاخرى

١٦١٧ — على أن البائع ليس له الحق فى هذا الخيار فقط بل له استعمال حقوق أخرى

١ — فقد تقدم أن للبائع الحق فى حبس المبيع فى يده اذا كان لم يسلمه للمشترى لحين استيلائه على المستحق فوراً من الثمن بحسب الاتفاق متى كان الثمن غير مؤجل وذلك لأن عدم قيام المشترى بالوفاء بتعهده وهو دفع الثمن يجعل البائع غير ملزم بالتسليم — أنظر مادة ٢٧٩ (٣٥٠) وفقرة ١٢٧٤ المتقدمة

٢ — وللبائع أيضاً اذا لم يدفع له الثمن أن يتخذ الطرق العادية للحصول عليه فله أن يحجز على ممتلكات المشترى و يبيعها ليستوفى من ثمنها حقه وذلك بناء على أن للدائن أن يستوفى دينـه من جميع أموال مدينه ولا نزاع فى أنه دائن بالثمن — « مادة ٥٥٥ (٦٧٩) »

٣ — للبائع فوق ذلك حق امتياز على المبيع بثمنه ما دام المبيع فى ملك المشترى اذا كان منقولاً مع عدم الاخلال بالأصول المتعلقة بالمواد التجارية واذا كان المبيع عقاراً كان ثمنه ممتازاً ايضاً اذا كان التسجيل المبيع حصل على الوجه الصحيح ويكون امتيازه بحسب الدرجة التى تترتب له بناء على طلب التسجيل — مادة ٦٠١ فقرة سابقة (٧٢٧م)

١٦١٨ — أما حق البائع فى طلب الفسخ فما هو إلاَّ تطبيق للقاعدة العامة القاضية بأن الشرط الفاسخ مفترض فى جميع العقود الملزمة للجانبين اذا لم يقم أحدهما بوفاء تعهده . ولكن الفسخ ليس محتماً أى لازماً بقوة القانون فى هذه الحالة بل للمتعاقد

الخيار بين إجبار المتعاقد معه الذى قصر فى الوفاء على تنفيذ التعهد المطلوب اذا كان تنفيذه ممكناً و بين طلب الفسخ مع التعويضات — انظر مادة ١١٧ أهلى و ١١٨٤ فرنسى

ولما كان الكلام على غير الفسخ من الحقوق الأخرى خارجاً عن هذا الباب ومحله الأبواب الخاصة به فنجعل كلامنا قاصراً على الفسخ

أ — فى الأحوال التى يجوز فيها طلب الفسخ

١٦١٩ — يجوز طلب الفسخ اذا لم يدفع المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه جرياً على القاعدة العامة كما تقدم احواله

وللبائع هذا الحق سواء كان البيع وارداً على منقول أو عقار لأن النص عام

إلّا انه فى حالة بيع المنقول يشترط لجواز طلب الفسخ أن لا يكون المبيع قد تغيرت حالته . فان تغيرت بشكل يضيع معالمه سقط حق الفسخ و بقى للبائع حق طلب إلزام المشترى بدفع الثمن . مثال ذلك شراء ألواح من الخشب صنعت دولاباً أو خيوطاً نسجت قماشاً فقد تغيرت ذاتيتها

فاذا لم تغير معالمها ولكنها الحقت بعقار كآلات زراعة أو ماشية وغيرها مما يعد ملحقاً بالعقار (مادة ٤) فانه يجوز طلب فسخ البيع بالنسبة لها ولو ألحقها مالك العقار به لأن هذا الإلحاق تخيل قضائى ولكنه لم يغير معالم الشىء

١٦٢٠ — والفسخ جائز فى البيوع التجارية كما هو فى البيوع المدنية وان كان له قيود فى قانون التجارة نص عليها فى المواد ٣٣٦ وما بعدها التى تتكلم على جواز استرداد وعدم استرداد البضائع المرسلة للمفلس المبيعة اليه بالكيفية المبينة بها فالاسترداد نتيجة فسخ البيع طبعاً . فالأحوال التى لا يجوز فيها الرد هى الأحوال التى لا يجوز فيها الفسخ

١٦٢١ — والفسخ جائز اذا لم يدفع الثمن كله أو بعضه ولو كان الجزء الباقى

زهيداً فان عدم الوفاء ولو ببعض التعهد مجيز للفسخ الذى لا يمنعه غير الوفاء بالتعهد ولا يقال ان الوفاء تم اذا كان بعضه ناقصاً

حتى ان عدم دفع الفوائد أو بعضها اذا كانت واجبة على المشترى تجيز للبائع طلب الفسخ ولو لم يحل أجل الثمن لأن الفوائد تابعة للثمن وتعد جزءاً منه — « انظر بودرى فقرة ٥٣٧ صحيفة ٥٦٨ »

١٦٢٢ — ومما يستثنى من ذلك البيع مقابل ايراد مرتب لمدة الحياة فانه لايجوز طلب فسخه وانما يجوز فقط لصاحب الايراد فى حالة عدم الوفاء أن يحصل على بيع أموال مدينه وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لاداء المرتبات المتفق عليها — « مادة ٤٨٠ فقرة ثانية أهلى و ٥٨٦ و ٥٨٧ و ٥٨٨ مختلط »

والحكمة فى ذلك أنه بعد دفع بعض المرتبات لا يتأتى اعادة العقد الى حالته قبل التبايع اذا فسخ

الفسخ فى البيع الجبرى

١٦٢٣ — هل يجوز طلب الفسخ لعدم دفع الثمن فى البيوع الحاصلة بواسطة القضاء سواء كانت جبرية او اختيارية ؟

لم يحرم القانون ذلك والشك قام من جهة ان قانون المرافعات عين طريقاً مخصوصاً لاكراه من تأخر عن دفع الثمن فقرر إعادة بيع العقار بالمزايدة على ذمة الراسى عليه المزاد الأول (مادة ٤٦٥ و ٥٧٤ مرافعات) فربما يوهم ذلك ان القانون أبدل الطريق الاعتيادى وهو طريق الفسخ بهذه الطريقة لاكراه الراسى عليه المزاد على دفع الثمن خصوصاً وان طريقها أسرع وأنجع من طلب الفسخ حتى انه ليشاهد عملاً ان أصحاب الشأن لا يحيدون عنها ولكن تقرير هذا الطريق لا يستلزم ان الطريق العادى ممنوع . يؤيد ذلك ان المادة ٧١٣ من قانون المرافعات الفرنسى أضافت عبارة « وذلك بدون اخلال بالطرق القانونية الأخرى »

يستند أصحاب الرأى المخالف أى القائلون بعدم جواز الفسخ على ان البيع الجبرى بيع معلق على شرط موقف وهو دفع الثمن وايفاء باقى شروط المزايدة لا على

شرط فاسخ بمعنى ان الراسى عليه المزاد لا يصير مالكاً الاَّ اذا أوفى بتعهداته ومتى لم يكن المشترى مالكاً فلا محل للفسخ . وهـذا رأى كانت أخذت به محكمة النقض فى فرنسا ثم عدلت عنه بحكم صادر منها فى ٢٠ يناير سنة ١٨٨٠ حيث قررت بأن البيع الجبرى معلق على شرط فاسخ وهو عدم دفع الثمن وذلك لما تبين لها من الخطأ فى الأخذ بالرأى الأول ومصادمة نتائجه لما يستفاد صراحة من أحكام القانون فإن نص المادة ٧١٢ من قانون المرافعات الفرنسى يقضى بأن حكم مرسى المزاد يشمل الأمر للمحجوز عليه بتخلية العقار عند اعلان الحكم أي قبل دفع الثمن. واخلاء العقار يتضمن تسليمه للراسى عليه المزاد . ومعلوم أن التسليم لا يجوز الاَّ اذا كان المشترى أصبح مالكاً وعلى هذا يكون المشترى مالكاً من وقت البيع بشرط فاسخ بمعنى أن حكم البيع يفسخ اذا لم يقم بوفاء الشروط الواجبة عليه

على أن الغرض من الفسخ غيره فى اعادة البيع . اذ الغرض من اجراءات اعادة البيع على ذمة الراسى عليه المزاد الأول اذا لم يدفع الثمن ليس فسخ البيع لارجاع العين المبيعة للمحجوز عليه وانما بيعها ثانياً والبحث عن مشترٍ جديد يدفع ثمنها لأن فى ذلك فائدة لأرباب الديون . ولكن هـذا لا يمنع من اتخاذ الطريق العادى لمن رأى صالحاً له فى اتخاذه

وتظهر ثمرة جواز الفسخ فى حالة ما اذا أيسر المحجوز عليه عقب بيع عقاره جبراً وصار بحال يمكنه من وفاء ديونه وكان الراسى عليه المزاد لم يدفع الثمن فانه يجوز له طلب الفسخ واسترجاع عقاره المبيع خصوصاً اذا كان رسا مزاده بثمن بخس ولا يتأتى له ذلك بطريق طلب اعادة البيع على ذمة الراسى عليـه المزاد لعدم دفعه الثمن — « انظر بودرى فقرة ٥٤٠ »

١٦٢٤ — وما قلناه عن البيع الجبرى ينطبق من باب أولى على بيع عقار المفلس والقاصر المنصوص عليه فى المواد من ٦١٤ الى ٦١٩ مرافعات و بيع العقار اختياراً أمام المحكمة أو بيعه بالمزاد لعدم امكان قسمته بلا ضرر المنصوص عليه فى المواد من ٦٢٠ الى ٦٢٧ مرافعات

١٦٢٥ — على أنه قد توجد أحوال لا يتأتى معها طلب الفسخ لعدم دفع الثمن كنزع ملكية عقار للمنفعة العامة فان اعتباره من الأملاك العمومية يحول دون استرجاعه بناء على طلب الفسخ لأن دعوى الفسخ متعلقة بالمصلحة الخاصة ولا يكون حينئذ للبائع غير دعوى الزام المشترى بدفع الثمن

ب — من له حق طلب الفسخ

١٦٢٦ — هذا الحق يكون للبائع فلورثته ومن قام مقامه او تنزل منزلته

فلمن حول اليه الثمن أن يطلب فسخ البيع لأن دعوى الفسخ متفرعة عن الدين والفرع يأخذ حكم الأصل

واذا أدى شخص الثمن للبائع وحل محله كان له طلب الفسخ لأن له جميع حقوق البائع

ولدائنى البائع أن يطلبوا الفسخ لأن لهم بمقتضى المادة ١٤١ أن يقيموا باسمه الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ما عدا الدعاوى الخاصة بشخصه وحق الفسخ ليس ماساً بشخص البائع بل متعلق بأمواله

انقسام دعوى الفسخ

١٦٢٧ — ودعوى الفسخ إما أن تكون منقسمة أو غير منقسمة بحسب القواعد العامة فاذا كان المبيع لا يقبل التجزئة بحسب طبيعته أو الغرض الذى قصده المتعاقدان فلا ينقسم ويكون لأحد البائعين أن يطلب الفسخ عن المبيع كله

أما اذا كان المبيع منقسماً وهو الغالب فتكون الدعوى قابلة للتجزئة . فاذا مات البائع وترك عدة ورثة فلكل وارث أن يطلب قبل القسمة الفسخ عن حصته و بعد القسمة يكون له هذا الحق تبعاً لنصيبه فى الدين و بنسبته . فاذا وقع الثمن كله فى نصيب أحد الورثة كان له وحده حق الفسخ

١٦٢٨ — قد يتأتى ان المشترى يتضرر اذا طلب أحد ورثة البائع فسخ البيع

عن نصيبه فقط فهلا يكون له الحق فى طلب ادخال جميع الورثة لاسترداد جميع المبيع إذا ترتب على فسخ بعضه ضرر له ؟

التضرر من فسخ بعض المبيع

الظاهر ان للمشترى هذا الحق لأنه عند التعاقد ما كان يريد أخذ بعض المبيع ورد بعضه فالزامه بالتجزئة فيه مخالفة للعقد خصوصاً وانه قد يجوز استرداد الجيد وترك الردىء فيتضرر . وقد أظهر الشارع غرضه فى بعض المواضع من رفع الضرر عن المشترى كاجازته له الفسخ فيما ظهر فيه عيب اذا لم يترتب على قسمة المبيع ضرر (٣١٧) واباحته للمشترى وفاء حصة شائعة أن يلزم بائعها عند رغبته استردادها بأخذ العين بتمامها ان كان المشترى المذكور قد اشترى الحصة الباقية طبقاً لمادة ٣٤٧

وقال بعضهم انه لا محل للقياس لأن إغفال النص هنا مع النص فى مواضع أخرى على منح المشترى حق الزام البائع بأخذ العين بأكلها يفيد الحرمان ولكنه رأى غير وجيه

ومقتضى الرأى الأول وهو الاباحة للمشترى ادخال جميع ورثة البائع فى دعوى الفسخ متى تبينت مصلحته من ذلك انه إذا لم يتفق الورثة على طلب الفسخ فترفض دعواهم ولم يكن لكل وارث حينئذٍ غير المطالبة بنصيبه من الثمن أو طلب الفسخ عن العقار بأكله . وقد قيد مسيو اوبرى ورو طلب الفسخ عن العقار بأكله بأنه يجب على طالبه أن يكون سدد لباقى الورثة حقوقهم و بنـاء على ذلك يصير هو الدائن الوحيد ولا مانع حينئذٍ من استعماله حق الفسخ

١٦٢٩ — أما اذا كان الذى مات هو المشترى فترك عدة ورثة فللبـائع أن يطلب الفسخ قبلهم جميعاً او يطلب الفسخ عن حصة أحدهم ولو كان الورثة باقين على الشيوع ولم يقتسموا المبيع لأن دعواه قابلة للقسمة ولا ضرر منها على باقى الورثة اذ البائع يكون شريكاً بالمشاع معهم بدلاً من الوارث الذى طلب الفسخ قبله

اما اذا كان اقتسم الورثة العقار فالدعوى من نفسها متجزئة ولا تقام الا على كل وارث بالنسبة لنصيبه . فاذا وقع العقار بأكله فى نصيب وارث واحد وجهت الدعوى عليه وحده

شرط جواز طلب الفسخ

١٦٣٠ — وليس للبائع أن يطلب فسخ البيع لعدم دفع الثمن الاّ اذا كان أوفى بتعهداته . فان كان لم يقم بها كأن لم يسلم المبيع بعد تكليفه بالتسليم فليس له طلب الفسخ بناءً على ان ميعاد دفع الثمن قد حل لأن من يطالب غيره بالوفاء يجب عليه أن يبدأ به وأن لا يكون مقصراً هو نفسه . أما اذا كان له وجه فى الامتناع عن التسليم بحسب المادة ٣٧٩ فلا يعد مقصراً وله طلب الفسخ

ج — وجوب طلب الفسخ بواسطة المحكمة

حكمة ذلك

١٦٣١ — لما كان مبنى طلب الفسخ هو الشرط المقدر والمفروض فى العقود الملزمة للجانبين وجب أن يكون طلبه أمام القضاء لينظر القاضى فيما اذا كان يحكم بالفسخ فى الحال أو يمنح ميعاداً للمشتري ليدفع فيه الثمن . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة ٣٣٣ على أنه يجوز للمحكمة ان تعطى لأسباب قوية ميعاداً « لائقاً » للمشترى لدفع الثمن وذلك مع وضع البيع « تحت الحراسة » اذا اقتضى الحال ولا يجوز أن يعطى الاّ ميعاد واحد(١)

ويؤخذ من نص هذه المادة أن حق اعطاء الميعاد وارد على سبيل الجواز فللمحكمة منحه أو منعه بحسب الظروف ولا تعطيه الاّ لأسباب قوية يتبين معها عذر المشترى

الفسخ فى الحال

١٦٣٢ — قد نصت المادة ١٦٥٥ من القانون الفرنساوى على أنه يجب الحكم بالفسخ فى الحال اذا خشى البائع خطر ضياع الشيء المبيع وثمنه فاذا لم يوجد خطر جاز للقاضى منح ميعاد للمشترى

ولما كانت حالة الخطر مسألة تتعلق بالظروف وبحكمة القاضى فلم يكن من ضرورة للنص عليها فى القانون المصرى . فاذا رأى القاضى خطراً كأن شرع المشترى فى هدم البناء الذي اشتراه أو بدأ فى جنى ثمار المحصول كان له أن يحكم بالفسخ فى

---

(١) غيرنا فى عبارة هذه المادة لنجعلها مطابقة للنص الفرنسي ونزيل ما بها من النقص واللبس خصوصاً قوله « تحت الحجز » فالحجز مؤدى متفقاً عليه الآن غير مؤدى الحراسة

الحال بناء على حق الجواز الذى له واذا أعطى ميعاداً للمشترى لدفع الثمن فيضع المبيع فى عهدة حارس قضائى

منح ميعاد قبل الفسخ

١٦٣٣ – إذا اعطى القاضى ميعاداً للمشترى بحسب نص المادة ٣٣٣ فلا يجوز له أن يعطى ميعاداً آخر غيره ومعنى ذلك أنه اذا انقضى الميعاد الأول ولم يدفع المشترى الثمن وجب على المحكمة أن تحكم بالفسخ

ولم ينص القانون على ضرورة تكليف المشتري بدفع الثمن قبل مطالبته بالفسخ لأن اعلان دعوى الفسخ هو فى ذاته تكليف رسمى ذو مفعول كاف لانذاره بالدفع فللمشترى حق دفع الثمن طالما أن الحكم بالفسخ لم يصدر – انظر بودرى فقرة ٥٤٨

١٦٣٤ – ولا فرق بين بيع المنقول أو العقار من جهة اعطاء الميعـاد أو وضع المبيع تحت الحراسة

وغاية الأمر يجب على القاضى أن يدقق فى بيع المنقول لأن الخطر فيه أكثر لسهولة انعدامه وسرعة تنقله من يد لأخرى وجواز تطبيق « قاعدة الحيازة دليل الملك » بالنسبة له كما سبق البيان فى موضعه . وهذه أمور يجب على القاضى مراعاتها

جواز دفع الثمن لحين صدور الحكم

١٦٣٥ – وينبنى على تقرير قاعدة عدم فسخ البيع من نفسه بل بحكم المحكمة انه يجوز للمشتري أن يدفع الثمن ما دام الحكم بالفسخ لم يصدر حتى ولو كان الدفع فى أثناء اجراآت دعوى الفسخ وانما يجب عليه ان يتحمل مصاريف الدعوى المذكورة لأنها متسببة عن تأخيره

أما اذا صدر الحكم وأصبح نهائياً فلا يجوز له دفع الثمن . فاذا كان قابلاً للاستئناف وحصل استئنافه فيجوز له دفع الثمن ما لم يكن صدر الحكم الاستئنافى لأن الاستئناف يعيد القضية لحالتها الأولى

١٦٣٦ – ولدائنى المشترى ومن لهم حقوق عينية على العقار أن يدفعوا الثمن لإيقاف طلب الفسخ

١٦٣٧ – وقد حكم بأنه اذا طلب البائع من المحكمة الحكم بفسخ بيع لعدم قيام

المشترى بدفع ثمن المبيع فللمشترى أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن ولو بعد صدور الحكم عليه وانما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده استئنافياً وهذا الحق الذى للمشترى يرجع اليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد عن حكمها ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ لأن قبول الالتماس يعيد الى الخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض — محكمة الاستئناف الاهلية ٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ عدد ٤٩ مجموعة س ٧ ص ١٠٣

د — النص على شرط الفسخ صراحة فى العقد

١٦٣٨ — ان الأحكام المتقدمة مبناها جواز طلب الفسخ لعدم دفع الثمن بناءً على القواعد العامة القاضية بأن الفسخ مفترض فى جميع العقود الملزمة للجانبين اذا لم يف أحدهما بتعهده والمادتان ٣٣٢ و ٣٣٣ عبارة عن تطبيق لهذا الحكم العام

غير أن للمتعاقدين أن يشترطا شروطاً خاصة تقضي بفسخ العقد اذا لم يف أحد المتعاقدين بتعهده وهى المعبر عنها باللغة الفرنسية « *pacte Commissoire* »

وهذه الشروط إما ان تكون قاصرة على : ١ — مجرد شرط الفسخ عند عدم دفع الثمن ٢ — أو ينص فيها على أن الفسخ يحصل من نفسه بحكم القانون ٣ — واما أن ينص على أنه يحصل من نفسه بحكم القانون و بغير تنبيه رسمى

شرط الفسخ فقط

١٦٣٩ — الحالة الأولى — فاذا كان الشرط قاصراً على الفسخ عند عدم الدفع فليس فيه شيء جديد سوى ان المتعاقدين صرحا بما كان مقدراً دلالة فى جميع العقود الملزمة للجانبين وعلى ذلك لا تتغير صفة الشرط الفاسخ ولا يتمسك به غير المتعاقد الذى أوفى بتعهده

شرط الفسخ من نفسه

١٦٤٠ — الحالة الثانية — أما اذا كان الشرط قاضياً بأنه عند عدم دفع الثمن يفسخ البيع من نفسه وبحكم القانون[1] *(de plein droit)* فمفعول هذا الشرط وما يترتب عليه من الأحكام مبين فى المادة ٣٣٤ التى قضت بأنه فى مثل هذه الحالة

(١) لاحظ ان عبارة من نفسه سقطت من النص العربى للمادة ٣٣٤

لا يكون للمحكمة حق فى أن تعطى ميعاداً للمشترى لدفع الثمن بل ينفسخ البيع اذا لم يدفع المشترى الثمن بعد « التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً »

ومعنى ذلك أنه ولو اشترط فسخ البيع حتماً من نفسه وبحكم القانون فليس لهذا الشرط من القوة ما يوهم نصه لأن البيع لا يفسخ بمجرد ترك الميعاد المتفق عليه لدفع الثمن إذ لو كان الحال كذلك لأصبح أمر كل عقد متعلقاً بمشيئة المشترى يهدمه اذا أراد بعدم وفائه بعهده مع ان الفسخ حق للبائع له ان يستعمله أو يتركه فاذا شاء طلب الفسخ واذا شاء طلب تنفيذ التعهد

فاذا اختار الأمر الأول وجب عليه أن يخبر المشتري بتنبيه رسمى برغبته فى الفسخ اذا لم يدفع له الثمن حتى يكون التنبيه دليلاً قائماً بصفـة رسمية على تأخير المشترى عن دفع الثمن وعلى رغبة البائع فى الفسخ

ومزية هذا الشرط أن العقد يفسخ بلاضرورة لرفع دعوى بالفسخ أمام القضاء لأن الغرض منه اجتناب بطء القضاء وما يترتب على التقاضى من المصاريف

أما اذا لم ينبه البائع على المشترى بدفع الثمن فيعد ذلك رضاء ضمنياً منه بإبقاء العقد وعلى ذلك يجوز للمشترى دفع الثمن ولو انقضى الأجل المحدد للدفع . أما اذا حصل التنبيه فالفسخ محتم ولا يقبل من المشترى أن يدفع الثمن ولكن يجوز له ان يدفع وقت التنبيه عليه لأنه لا يعد متأخراً وفى العادة يحدد البائع مدة للمشترى يدفع فى خلالها الثمن بعد التنبيه فللمشترى ان يدفع فيها وعلى ذلك لا يفسخ البيع من نفسه الاَّ بعد هذا الموعد المتفق عليه — بودرى المطول فقرة ٥٥٢

شرط الفسخ من نفسه وبغير تنبيه

١٦٤١ — الحالة الثالثة — فاذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن من نفسه وبدون احتياج الى تنبيه رسمى فقد نص عليه فى العبـارة الأخيرة من المادة ٣٣٤ السابقة الذكر

وهذا الشرط يختلف عن الاشتراط السابق بزيادة عبارة « بدون احتياج الى تنبيه رسمى » . ولم ينص عليه القانون الفرنسى فى مادة ١٦٥٦ المقابلة للمادة ٣٣٤ عندنا فانقسمت بشأنه اراء المحاكم والشراح —

حكمت محكمة النقض بفرنسا فى ١٧ يناير سنة ١٨٣٣ (داللوز ربرتوار جزء ٤٣ فقرة ١٢٧١) بعدم صحة هذا الشرط وبأنه لا يعفى البائع من التنبيه الرسمى قبل الفسخ . فاذا لم ينبه البائع على المشترى تنبيهاً رسمياً بالدفع لم يسقط حق المشتري فى عرض الثمن ارتكاناً على ان التنبيه لم يحصل

أما الشراح فقالوا ان الشرط جائز لعدم مخالفته للنظام العام ولعدم خروجه عن حكم المادة ١١٣٩ من القانون الفرنسى واستنتجوا من ذلك أنه لا يجوز للمشترى أن يدفع الثمن بعد انقضاء الأجل المحدد للدفع اذا أراد البائع التمسك بالشرط لأن له ان لا يتمسك به ويقبل الثمن المعروض

وقد حسم القانون المصري الخلاف ونص على هذا الأمر بصريح العبارة فى (مادة ٣٣٤ عبارة أخيرة) وعلى هذا لا يجوز للمشترى أن يدفع الثمن بعد حلول الأجل كما لا يجوز المحكمة أن تعطيه ميعاداً للدفع والبائع لا يلزم بالتنبيه الرسمى

ولكن يلاحظ أنه اذا لم يكن مشترطاً دفع الثمن فى محل البائع فلا يصح له أن يتمسك بالشرط الفاسخ الاَّ اذا أثبت أنه ذهب بشخصه أو بوكيل عنه الى المحل الواجب دفع الثمن فيه (محل تسليم المبيع او محل المشترى) وطلبه فلم يدفع له لأن هذا الشرط لا يلزم المشترى بدفع الثمن فى محل البائع ولا يعد المشتري مقصراً اذا كان لم يتخذ البائع اللازم لاستلام الثمن فى المكان الواجب الدفع فيه

وعلى هذا يجب على البائع أن يثبت أنه طلب الثمن فى المكان الواجب اداؤه فيه فلم يحصل عليه . والاثبات وان كان جائزاً بجميع الطرق القانونية الاَّ أنه يفضل أن يكون بتنبيه رسمى على يد محضر قطعاً للنزاع . فالتنبيه على كل حال حاصل فى الغالب والواقع ولو أنه مشترط اعفـاء البائع منه للسبب الذى بيناه . ولأجل أن يعفى البائع منه نهائياً يجب أن يشترط زيادة عن شرط عدم التنبيه أن يكون دفع الثمن فى محله أيضاً — بودرى فقرة ٥٥٣ ودوفرجيه بيع فقرة ٤٦٢

١٦٤٢ — ويسرى حكم هذه المادة على بيع العقار والمنقول لأن نصهـا عام لم

يخصص بنوع من الأنواع كما خصصت مادة ١٦٥٦ فرنسى المقابلة لها وقصرت اشتراط الفسخ على العقار ومع ذلك فالشراح مجمعون على انه لا مانع من جواز اشتراطه فى بيع المنقول

المبحث الرابع — فيما يترتب على فسخ البيع

١٦٤٣ — ان ما سبق لنا بيانه هو كيفية طلب الفسخ لعدم دفع الثمن فوجب الكلام على أحكام الفسخ المذكور

يتناول الكلام على هذا الموضوع بيان أحكام الفسخ بالنسبة للمتعاقدين فأحكامه بالنسبة لعلاقتهما مع الغير لأن الفسخ يعيد المبيع الى البائع وينزعه من المشترى وممن تلقى أى حق عينى عليه منه إذ يسرى على أحكام الفسخ هنا سائر الأحكام العامة المترتبة على الشرط الفاسخ فى العقود

أ — حكم الفسخ بالنسبة للمتعاقدين

زوال احكام البيع

١٦٤٤ — يترتب على فسخ البيع لعدم دفع الثمن زوال أحكام البيع واعادة المبيع الى الحالة التى كان عليها قبل البيع ومعنى ذلك أن أحكام البيع تزول بالنسبة للحوادث والأعمال السابقة على الفسخ والتالية له فيعتبر البائع انه لم يزل مالكاً للمبيع والمشترى كأنه لم يشترِ قط

نتائج ذلك

١٦٤٥ — ويتفرع على ذلك النتائج الآتية :

أولاً — أن يسترد البائع المبيع اذا كان سلمه للمشترى ويرد ما قبضه من الثمن اذا قبض منه شيئاً وبعبارة أخرى يرد كل عاقد ما أخذ

ثانياً — لما كان الفسخ يعيد الأشياء المبيعة الى حالتها الأصلية قبل البيع فللبائع أن يطلب رد غلة العين من المشترى وللمشترى أن يسترد فوائد ما دفعه من الثمن فكل عاقد يأخذ ثمرة الشىء الذي يتعلق به

والمشترى يجب عليه رد الغلة عيناً اذا كانت لا تزال موجودة . فان استهلكت أو كان باعها فيرد قيمتها نقداً وحينئذٍ تجوز المقاصة بين قيمتها وبين الفوائد المستحقة على البائع ان كانا متساويين أو بنسبة مقدار المبلغ الأقل قيمة مع دفع الفرق

ضمان التلف — ثالثاً – يضمن المشترى قيمة التلف الحاصل المبيع بفعله فيدفع التعويض الذى يستحق عنه . ولكن له فى مقابل ذلك أن يطلب من البائع قيمة المصاريف الضرورية أو النافعة التى أنفقها على المبيع

١٦٤٦ – أ – فمن جهة التلف يكون المشتري ضامناً لما اتلف سواء انتفع من الإتلاف كأشجار قطعها أو لم ينتفع لأنه ملزم برد المبيع بالحالة التى كان عليها قبل البيع

وإنما يجب أن يكون التلف بفعل المشترى . فإذا كان التلف ناشئاً عن سبب طبيعى كحريق منزل بالقضاء والقدر أو هدم بناء أو تخريب أرض بسبب فيضان نهر مجاور له أو نقص قيمة أملاك بسبب هبوط الأسعار هبوطاً عاماً فلا يسأل عنها المشترى لأنها عوارض تحدث لو كان المبيع باقياً تحت يد البائع . ولما كان البائع معتبراً مالكاً للمبيع وقت حصول النقص أو التلف كان الهلاك عليه

١٦٤٧ – ب – أما من جهة المصاريف التى أنفقها المشترى على المبيع فينظر لما اذا كانت ضرورية أو نافعة أو كمالية

قيمة المصاريف — ١ – فله قيمة ما أنفق من المصاريف الضرورية بأكلها لأنها كانت سبباً فى حفظ المبيع وصيانته ولولاها للحقه العطب والهلاك . وقد استفاد البائع من ذلك فوجب عليه أن يدفع قيمتها

١٦٤٨ – ٢ – أما المصاريف النافعة فإما أن تكون صرفت فى اقامة بناء أو غرس أشجار وإما أن تكون صرفت فى تحسينات أخرى

فان كانت صرفت فى إقامة بناء أو غرس أشجار وجب تطبيق أحكام المادة ٦٥ الخاصة بإحداث الغراس أو البناء فى ملك الغير بمهمات وأدوات نفسه . وقد فرقت

هذه المادة بين البانى والغارس بحسن نية أو بسوء نية . وهنا يعتبر المشترى سيء النية لأنه يعلم أنه طالما أن الثمن لم يدفع فعقده غير ثابت ولا مستقر . ولهذا يجوز للبائع أن يجبره على نزع ما بنى أو غرس . فاذا لم يطلب ازالتها واختار ابقاءها دفع قيمتها مستحقة القلع أو دفع مبلغاً مساوياً لما زاد فى قيمة الأرض بسبب ما حدث بها

أما ما صرف فى غير البناء والغراس فيجب على البائع أخذه ودفع قيمة ما زاد بسببه فى قيمة المبيع . فلو كانت المصاريف أقل فلا يدفع له غير ما صرف — قارن بودرى فقرة ٥٥٩

١٦٤٩ — ٣ — أما مصاريف الزينة والكماليات فلا يلزم البائع منها شيئاً لأن المشتري إنما صرفها إرضاء لأهوائه

١٦٥٠ — وليس للمشترى حق فى ان يطلب اى تعويض بسبب الزيادة الناشئة فى قيمة المبيع بأسباب طبيعية كارتفاع الأسعار أو حالة الالتصاق لأنها عوارض قد تحدث لو بقى العقار تحت يد البائع الذي قد يخسر أيضاً كما قدمنا إذا تلف المبيع بهذه الأسباب

١٦٥١ — بينا ان كل جانب يرد للآخر بعض أشياء ولكن ما تكلمنا عليه هو بفرض ان البائع لم يلحقه ضرر مطلقاً . أما والفسخ نتيجة فعل المشترى لأنه لم يقم بتنفيذ تعهده من حيث دفع الثمن فوجب عليه أن يعوض البائع عن الضرر الذى يناله من جراء هذا الفسخ طبقاً لمقتضى المادة ١١٩ وذلك اذا رأت المحكمة ان هناك وجه للتعويض وكان الضرر ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء ومنسوباً لتقصير المتعهد فان الأمر موكول لتقديرها تعويض الضرر

فاذا قدر المتعاقدان التعويض فى حالة عدم الوفاء بدفع الثمن فلا يسوغ للقاضى انقاص قيمة التعويض المتفق عليها عملاً بنص المادة ١٢٣ المبنية على حرية الاتفاقات

وبناء على هذا المبدأ يسوغ للمتعاقدين أن يشترطا انه فى حالة الفسخ يستحق البائع الاقساط التى دفعت من الثمن بصفة تعويض (انظر حكم محكمة أورليان

١٤ أغسطس سنة ١٨٤٥ داللوز سنة ٤٦ ص ٧٢) أو أنه لا يلزم بتعويضات فى مقابل المصاريف التى أنفقها المشترى فى النفقات الضرورية أو النافعة — راجع حكم محكمة رين ٣ يناير سنة ١٨٣٩ وبودرى فقرة ٥٦٠ ص ٥٩٢

ويجوز فى هذه الحالة المقاصة بين التعويض الذى يلزم المشترى وقيمة المصاريف التى تلزم البائع مقابل النفقات الضرورية او النـافعة بشرط مراعاة قواعد المقاصة

ب — حكم الفسخ بالنسبة للغير

١٦٥٢ — يترتب على فسخ البيع زوال أحكامه بالنسبة للغير أيضاً كما تزول بالنسبة للمتعاقدين وذلك لأن المشترى معتبر بعد الفسخ انه لم يتملك المبيع وما دام لم يتملكه فلا يجوز أن تنتقل منه الى الغير حقوق عليه . وعلى ذلك تسقط جميع الحقوق التى تلقاها الغير منه كالبيع أو الرهن أو حق الارتفاق أو الاستعمال

فللبائع حينئذٍ استرداد المبيع من الحائز له أياً كان وأخذه خالياً من كل حق عينى ترتب عليه من قِبل المشترى

وبالعكس تتقرر جميع الحقوق التى تلقاها الغير من البائع فى المدة التى انقضت بين تاريخ حصوله وبين فسخه وذلك لأن سريان الشرط الفاسخ على الحوادث السابقة يجعل البائع مالكاً فى الوقت الذى أنشأ فيه هذه الحقوق .

استثنا آت

١٦٥٣ — ولا يستثنى من هذه القاعدة سوى المنقول المادى فان مجرد حيازته مفيدة للملك وليس للمالك استرداده الاَّ فى حالتى السرقة والضياع أو فى حالة شرائه بسوء نية . وعلى ذلك إذا اشترى شخص بحسن نية منقولاً لم يكن لبائعه الذى طلب فسخ البيع لعدم دفع الثمن أن يسترده من المشترى الثانى بنـاء على القاعدة السابقة — انظر المواد ٦٠٧ و ٦٠٨ و ٨٧ و٤٦ وفقرة ١١٠٦ المتقدمة

وانما يشترط فى هذه الحالة أن يكون المشترى الثانى وضع يده على المنقول . أما اذا كان باقياً تحت يد المشترى الأول وحصل الفسخ جاز استرداده أى يلزم توفر

شرطي الحيازة وحسن النية . ولهذا يجب على البائع متى طلب الفسخ أن يعلن المشترى الثانى بطلبه حتى اذا استلم المنقول بعد ذلك عدّ سيئ النية

١٦٥٤ — كذلك اذا أخذ المؤجر للمشتري امتيازاً على المنقول المبيع إلى مستأجره عملاً بنص الفقرة السادسة من المادة ٦٠١ فان البائع لا يمكنه ان يسترد المنقول لأن حق المؤجر ممتاز عن حقه

١٦٥٥ — ويدخل فى المنقول السندات التى لحاملها فان ملكيتها تنتقل بمجرد القبض أما مجرد الحقوق أى الحقوق المعنوية او المنقولات الغير المادية فان ملكيتها لا تنتقل بمجرد القبض وعلى هذا يرى الشراح ان تسرى عليها حكم القاعدة العامة وهى جواز استردادها من أى حائز لها كالمشترى الثانى ولو كان سليم النية

مثال ذلك باع شخص ديناً له فباع المشترى نفس الدين لآخر أي تنازل له عنه لآخر فطلب البائع الأول الفسخ لعدم دفع الثمن المتفق عليه ففى هذه الحالة يجوز له استرداد الدين من المشترى الثانى ولو كان سليم النية الاَّ اذا تبين ان المدين دفع اليه الدين فانه فى هذه الحالة لا يتأتى الاسترداد — بودرى المطول فقرة ٥٦٢

صفة دعوى الفسخ

١٦٥٦ — وقد بحث الشراح فيما اذا كانت دعوى الفسخ هى دعوى شخصية او عينية او مشتركة فقد انقسمت الآراء بشأنها

قال البعض انها دعوى شخصية وقال الآخرون انها دعوى مشتركة اذا رفعت على المشترى وعينية اذا رفعت على الحائز للعقار

ولكن مسيو بودرى لاحظ أنه من الخطأ القول برفع دعوى الفسخ على الحائز للعقار لأن دعوى الفسخ لا يمكن رفعها الاَّ على المشترى الأول للعقار وعلة ذلك انه متى اريد فسخ عقد فالفسخ لا يتأتى الاَّ قبل الشخص الذى أبرم هذا العقد وبعد فسخه يجوز للبائع أن يقاضى المشترى الثانى ولكن الدعوى التى ترفع على هذا المشترى وان كانوا يسمونها عادة بدعوى فسخ ولكنها تسمية خطأ اذ الحقيقة انها دعوى استرداد فان البائع عاد مالكاً للمبيع فله ان يتبعه أينما وجد والدعوى التى يطلب بها

المبيع هى دعوى عينية فهو متفق معهم فى وصفها ومخالفهم فى تسميتها بأنها دعوى فسخ

كذلك قال ان دعوى الفسخ هى عينية اذا كان المشترى لا يزال حائزاً للمبيع اما اذا كان باعه فالدعوى شخصية . وذلك لأنه اذا كان العقار باقياً تحت يد المشتري فيكون الغرض من الدعوى ايضاً استرجاع المبيع وهذا التفريق لا فائدة منه الاَّ لمعرفة المحكمة المختصة ولكنه لا يترتب عليه ان يسوغ للبائع مقاضاة المشترى الثانى فليس له ان يرفع دعوى الفسخ الاّ على المشترى منه الذي تأخر فى دفع الثمن أما المشتري الثانى فلم يلتزم قبله بشيء فلا يمكن ان يطالب الاَّ برد المبيع فى حالة الفسخ لأنه يعود مالكا للعقار كما بينا

تفضيل ادخال المشترى والحائز فى الدعوى

١٦٥٧ – ويترتب على انه ليس للبائع غير طلب الاسترداد من المشتري الثانى انه يجب ان يحكم بالفسخ اولاً قبل المشتري ومتى حكم بالفسخ طولب الحائز للعقار برده

ولكن يفضل ادخال الحائز للعقار فى نفس الدعوى المرفوعة على المشتري لتصدر المحكمة حكماً واحداً قبلهما – بودرى المطول فقرة ٥٦٣ ص ٦٠٠

١٦٥٨ – ومن البديهى انه اذا كان المشتري الثانى التزم قبل البائع الأول بدفع الثمن اليه وقبل البائع منه ذلك كان للبائع المذكور مطالبة المشتري الثانى مباشرة بالفسخ بناء على التزامه الشخصى قبله وعدم وفائه بتنفيذه

وفى هذه الحالة يكون الفسخ فى الحقيقة متناولاً البيعين الصادر أولهما للمشتري الأول والثانى للمشتري الثانى . ويعتبر المشتري الثانى نائباً عن المشتري الأول لأنه تعهد بأن يقوم مقامه فى دفع الثمن

١٦٥٩ – وقد بحث الشراح فيما اذا كان يجوز مع ذلك فى هذه الحالة للبائع ان يطلب من المشتري الأول الفسخ او لا يجوز

فقالوا بأنه يجب التميز بين حالة ما اذا قبل البائع تعهد المشتري الثانى بغير ان يقصد استبدال الدين بغيره (*Novation*) أو ما اذا كان المشتري الثانى نائباً عن

المشتري الأول انابة تخليه من الدين (*délégation*) . وفى هذه الحالة لا ترفع الدعوى الاّ قبل المشترى الثانى .

رد الثمرة

١٦٦٠ — واذا طلب استرداد المبيع من الحائز له فلا يلزم برد ثمرته الاّ اذا كان سيئ القصد وسوء قصده لا يظهر الاّ من تاريخ مقاضاة المشترى بالفسخ وادخال المشتري الثانى فى الدعوى . اما قبل ذلك فيعتبر المشتري الثانى حسن النية حتى ولو كان البائع له لم يدفع الثمن لأنه يجوز أن يكون معتقداً بأنه يؤديه

١٦٦١ — ولا يسأل الحائز أيضاً عن تعويضات للبائع الأول لأن منشأ هذا التعويض هو عدم قيام المشتري الأول بالتنفيذ أي أمر لا شأن له فيه

كذلك لا يسأل عن تعويض ما حدث من التلف للمبيع الاّ اذا كان استفاد منه

وانما للمشتري الثانى الحق فى طلب قيمة ما أنفق من المصاريف الضرورية او النافعة واذا أقام بناء او غراساً فيعتبر حسن النية. وله ان يطلب قيمة ما زاد فى العقار بسببها بدون ان يكون للبائع حق فى الزامه بنزعها

عدم فسخ الايجار

١٦٦٢ — يرى الشراح ان الفسخ وان كان مسقطاً لجميع الحقوق العينية الاّ انه لا يترتب عليه فسخ الايجار الصادر من المشترى وذلك لأن المشتري أجر بمقتضى ما له من حق الادارة فكأنه نائب عن البائع فيها

ويقيسون رأيهم هذا على الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣٤٥ التى تقضى بتنفيذ الايجارات التى أجرها المشترى وفاء بدون غش بشرط أن لا تتجاوز مدتها ثلاث سنين

ولكن هذه الاجارة لا تعتبر حجة بالنسبة للبائع الاّ من وقت اثبات تاريخها لأن البائع أجنبى عن المتعاقدين — انظر مادة ٢٢٨

فاذا لم يكن للاجارة تاريخ ثابت عدّ المستأجر مستأجراً بلا عقد كتابى اى ان اجارته شفهية ويحق حينئذٍ للبائع ان ينبه عليه بالخروج

١٦٦٣ — اذا دفع المستأجر الايجار للمشترى فلا يجوز للبائع مطالبته به مرة

ثانية وانما له أن يرجع به على المشترى وذلك لأنه أداه لمستحقــه وهو المشترى الذى اجر له — بودرى المطول فقرة ٥٦٥

احكام

١٦٦٤ — وحكم بأن فسخ البيع يترتب عليه فسخ جميع الحقوق الصادرة من المشترى للغير على الشيء المبيع . اما ما ورد فى القانون المختلط من ان الفسخ لا يضرّ بحقوق الدائنين المرتهنين فانما يجب تأويله بأن ذلك لا يكون الاّ اذا كانوا يجهلون السبب الذى ترتب عليه

لكن متى سجل عقد البيع وكان مذكوراً فيه صريحاً ان الثمن لم يدفع برمته فلا يمكن ان تضحى الحقوق المكتسبة والمحفوظة بالوجه القانونى ارضاء للدائنين المرتهنين الذين يكونون سجلوا رهنهم بعد ذلك. وعلى ذلك فلا يستطيع البائع فى هذه الحالة الأخيرة ان يرفض رد المبالغ التى يكون استلمها لحسابه بدعوى حاجته اليها ليقوم بدفع الديون التى تنشأ عن رهن المشتري للعقار — محكمة الاستئناف الأهلية ١٢ اكتوبر سنة ١٩٠٤ عدد ٢٩ والمجموعة ص ٦٢ سنة ٦

١٦٦٥ — وبأن حكم الفسخ فى العقود يزيل أثرها ويجعلها كأن لم تكن وعلى ذلك يترتب على المزاد الذي رسا على مشترٍ بناءً على اعادة البيع على ذمة الراسى عليه المزاد لعدم دفع الثمن ان الراسى عليه المزاد أولاً ولم يدفع الثمن يعتبر كأنه لم يكن مالكاً للعين مطلقاً وأنه لا يجوز له أن يتمسك بحكم مرسى المزاد الذى كان صدر له لا هو ولا من تلقى الحق عنه — مختلط ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ فقرة ٤٢٤٩ مجموعة أولى

علانية الحكم الصادر بفسخ بيع العقار

١٦٦٦ — فرض القانون فى المادة ٦٤٠ أهلى (٧٧٣ مختلط) على الكاتب أن يؤشر من تلقاء نفسه على هامش التسجيلات بالحكم الصادر بفسخ عقد البيع الذى سجل وذلك حتى يعلم الغير بأن المشترى أصبح غير مالك للمبيع

ولكن اغفال هذا التأشير لا يترتب عليه سوى تغريم الكاتب بغرامة قدرها ٥٠٠ قرش

المبحث الخامس — سقوط الحق فى المطالبة بالفسخ أو تقييده

١٦٦٧ — ينقضى حق المطالبة بالفسخ بصفة مطلقة :

١ — بالتنازل عنهُ من البائع

٢ — بمضى المدة

ويسقط حق التمسك بالفسخ بالنسبة للغير فقط أى ينقضى بصفة نسبية فى الأحوال الآتية :

اولاً — اذا سجلت التصرفات الصادرة من المشترى قبل تسجيل عقد البيع الأصلى (مادة ٦٢٠ أهلى)

ثانياً — أو حكم باشهار افلاس المشترى قبل التسجيل المذكور (مادة ٦٢١)

ثالثاً — او انقضى الميعاد المحدد فى المادة ٦٣٥ مرافعات مختلط فى حالة التنفيذ بالحجز على العقار

رابعاً — أو بيع منقول لأجنبى حسن النية ويكون استلمه

وقد سبق الكلام على الحالة الأخيرة وهى ان الحائز للمنقول يتملكه بمجرد وضع يده ولا يجوز استرداده منه الاَّ فى حالتى الضياع أو السرقة — انظر فقرة ١٦٥٤ المتقدمة

ولنتكلم على الأحوال الأخرى

ا — فى التنازل

١٦٦٨ — ان حق الفسخ ممنوح للبائع مراعاة لفائدته الشخصية فيجوز له ان يتنازل عنه صراحة او دلالة

ولكن التنازل الضمنى لا يستنتج الاَّ من أعمال تدل دلالة لا ريب فيها على نية البائع فى ترك حق الفسخ لأن ترك الحقوق لا يفترض — ما يعد تنازلا

فيعتبر البائع متنازلاً تنازلاً ضمنياً عن حق الفسخ اذا حجز على العقار المبيع وباعه بالطرق القضائية لتحصيل الثمن كله أو بعضه. أو صدق على البيع الصادر من المشتري

منه لآخر فتصديقه يعد تنازلاً ضمنياً عن حقه فى الفسخ وليس لهُ بعد ذلك ان ينزع العقار من يد المشتري الثانى لأنهُ هو الذى ساعد على نقل الملك اليهِ

أما اذا اعان المشتري على رهن العين رهناً عقارياً او ترتيب حق ارتفاق او اي حق عينى عليها فذلك لا يعدّ تنازلاً تاماً عن حق الفسخ ولكنهُ تنازل عن بعض الحقوق المترتبة على الفسخ فإنه يفيد دلالة قبوله ابقاء هذه الحقوق العينية اذا طلب الفسخ — بودرى فقرة ٥٦٧ وجرانمولان فقرة ١٧٦

مالا يعد تنازلا ١٦٦٩ — اما اذا طلب البائع اداء الثمن او حجز تحت يد الغير على قيمته او طلب من المشتري ضامناً او رهن عقار آخر تأميناً للثمن فهذه الأعمال لا تفيد تركه لحق الفسخ إذ الغرض منها الحصول على الثمن أو اتخاذ الطرق الموصلة له ومعلوم ان للبائع دعويين دعوى أصلية وهى دعوى طلب الثمن ودعوى احتياطية وهى دعوى الفسخ . وله أن يختار أيهما شاء او يعدل عنها للأخرى متى رأى المصلحة فى ذلك كهبوط الأسعار أو ارتفاعها — دوهلس فقرة ٢٧٧ بيع ج ٤

كذلك اذا اتخذ البائع اجراآت لطلب الثمن من شخص اشترى من المشتري منه فذلك لا يفيد التنازل أيضاً لأنه انما يسعى فى الحصول على حقه وهو الثمن — « بودرى فقرة ٥٦٧ »

١٦٧٠ — ومما لا نزاع فيه ان تنازل البائع الأول عن حق الفسخ لا يترتب عليه تنازل المشتري منه عن حق الفسخ الذي له اذا كان باع العين الى شخص آخر

ب — فى مضى المدة

١٦٧١ — ان حق طلب الفسخ لعدم دفع الثمن يسقط بمضى الزمن كسائر الحقوق وتسري عليه القواعد العامة للسقوط

وطالما ان الثمن مستحق فدعوى الفسخ قائمة بين البائع والمشترى او ورثتهما ومن تنزل منزلتهما فلا تنتهى الاّ بانتهاء التعهد باداء الثمن . وكل عمل يترتب عليه انقطاع

المدة بالنسبة لاداء الثمن يترتب عليه انقطاعها بالنسبة لحق الفسخ

ولكن اذا باع المشتري المبيع لشخص آخر فالمشترى الثانى يعتبر أجنبياً بالنسبة الى طرفى العقد الأول واسترجاع العقار منه لا يكون بناءً على دعوى الفسخ بل بناءً على دعوى الاسترداد حيث عاد الملك للبائع فله ان يطلبه من الحائز له وعلى ذلك تسرى بالنسبة للحائز قواعد مضى المدة المكسبة للملكية وهى اكتسابه الملك بعد مضى خمس سنين اذا توفر السبب الصحيح وحسن النية أو خمس عشرة سنة فيما عدا ذلك

أما المنقول فتكتسب ملكيتـه بمجرد الحيازة — مادة ٦٠٨ وانظر فقرة ١٦٥٦ و ١٦٥٧ المتقدمة

ج — عدم الاحتجاج بالفسخ على من سجل حقه العينى قبل تسجيل البيع

١٦٧٢ — لا جدال فى ان عدم علانية الفسخ بين المتعاقدين لا يترتب عليه ضرر للمشترى لأنه لا يجهل انه لم يدفع الثمن وليس الحال كذلك بالنسبة للأجنبى عن العقد فيجب ان يحمى القانون له حقوقه العينية حتى لا تتأثر بالفسخ الاّ اذا علم بجواز حصوله . لهذا وضع القانون الكفالات اللازمة لذلك حرصاً على حقوق الاجانب عن العقد واستبقاء لدوام الثقة فى المعاملات

وعلى هذا الاعتبار نصت المادة ٦٢٠ (٧٤٧ مختلط) على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بحقه فى فسخ البيع قبل من سجل بموافقة الأصول حقوقه العينية التى حازها من المشترى أو ممن انتقلت اليه حقوق المشترى قبل تسجيل عقد البيع

فاذا باع زيد عقاره لخالد فخالد قبل أن يدفع الثمن لزيد باعه لبكر وظهر أن عقد البيع الصادر من زيد المذكور لم يسجل وأن بكراً سجل عقد مشتراه قبل اجراء تسجيل العقد الأول المذكور فيترتب على ذلك سقوط حقوق البائع الأصلى (زيد) قبل بكر خصوصاً حق الامتياز الذى له بمقتضى المادة ٦٠١ (٧٢٧ مختلط) على الشىء المبيع

وحقه فى الفسخ وعلى ذلك لا يمكن نزع العقار من بكر بناءً على طلب فسخ البيع الصادر لصالح زيد ما دام أن بكراً سجل أولاً

١٦٧٣ — وبهذا المعنى حكم بأنه ليس للبائع الذى لم يستلم الثمن ولم يسجل عقد البيع الحق فى أن يطلب فسخ البيع اضراراً بحقوق الدائن المرتهن الذى سجل دينه ضد مشترى العقار المبيع الذى لم يدفع ثمنه — مختلط ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوررلى مادة ٧٤٧ مختلط وجلاد مادة ٦٢٠

١٦٧٤ — يستخلص مما تقدم أنه يجب تسجيل عقد البيع لجواز الاحتجاج به فى فسخ البيع على الغير الذى يكون تلقى حقوقاً من المشترى ولو سجل حقه المذكور ما دام تسجيله تالياً لتسجيل البيع الأصلى . وبعبارة أخرى أصبحت دعوى الفسخ مرتبطة بتسجيل العقود وتابعة له . وكذلك الحال بالنسبة لحق الامتياز الذى للبائع بمقتضى مادة ٦٠١ السابق ذكرها فراجعها

١٦٧٥ — ويستفاد من ذلك أن نص المادة ٤١٧ مختلط القاضى بأن حكم فسخ العقار بالنسبة للغير لا يضر بحقوق الدائنين المرتهنين الذين سجلوا رهنهم مقيد بحالة ما اذا كان تسجيل الرهن حصل قبل تسجيل البيع . فاذا سجل الدائنون المرتهنون رهنهم بعد تسجيل البيع جاز الاحتجاج عليهم بحق الفسخ — انظر جرانمولان فقرة ١٧٢ — العقود — شرح القانون المدنى ودوهلس فقرة ٢٧٨ بيع جزء ٤

١٦٧٦ — ويخرج بقول القانون الحقوق العينيــة أصحاب الحقوق الشخصية كالدائنين العاديين فيجوز الفسخ قبلهم وكذلك ورثة المشترى فانهم يحلون محله . وحينئذٍ يجوز طلب الفسخ قبلهم ولو لم يسجل البيع

والمقصود بالفسخ فى المادة ٦٢٠ (٧٤٧ مختلط) الفسخ الناشىء عن عدم دفع الثمن . أما الفسخ بسبب عدم تنفيذ التعهد او وقوع حادثة علق عليها البيع فغير مقصود هنا « قارن بودرى المطول فقرة ٥٨٤ »

د — عدم الاحتجاج بالفسخ اذا أشهر افلاس المشترى قبل تسجيل البيع

الفسخ فى بيع عقار المفلس

١٦٧٧ — يسقط كذلك حق البائع فى فسخ البيع اذا لم يكن سجل عقده قبل صدور الحكم باشهار تفليس الحائز المبيع — انظر مادة ٦٢١ (٧٤٨ مختلط) .

حرم القانون المشترى من حق تمسكه بالفسخ اذا لم يكن سجل العقد قبل اشهار افلاس المشترى أو الحائز للعقار ليحمى حقوق الدائنين خصوصاً وانه قضى فى المادة ٢٣١ من القانون التجارى (٢٣٩ مختلط) بأن حقوق الامتياز لا يجوز تسجيلها الاّ الى يوم صدور الحكم باشهار الافلاس فوجب أن يكون الأمر كذلك بالنسبة لحق الفسخ أيضاً حتى لا تنعدم الفائدة التى أرادها بحكم المادة ٢٣١ من القانون التجارى السابقة الذكر

الفسخ فى بيع المنقول

١٦٧٨ — نصت المادة ٣٥٤ من القانون التجارى على أنه

اذا بيعت منقولات لأحد ثم أشهر افلاسه فلا يكون للبائع حق فى الدعوى بفسخ البيع ولا يجوز له اقامة الدعوى بالاسترداد الاّ فى الأحوال التى أجازها القانون التجارى فى المواد من ٣٧٦ الى ٣٨٩ وهى حالة ما اذا كانت البضاعة لم تسلم الى مخازن المفلس ولا مخازن الوكيل بالعمولة المأمور ببيعها على ذمته فالقانون التجارى بنصه صراحة على جواز الاسترداد في هذه الأحوال قبل ضمناً حق الفسخ الذى للمشترى و بين أحوال تأثيره على الغير فالاسترداد طبعاً لا يحصل الاّ بعد فسخ البيع « راجع فقرة ١٢٨٤ المتقدمة »

هـ — سقوط الحق فى الفسخ فى حالة الحجز العقارى

١٦٧٩ — نصت المادة ٦٣٥ مرافعات مختلط على أن للبائع السابق أن يطلب فسخ البيع لعدم دفع الثمن فى مدة الثلاثين يوماً التالية لاعلان الدائنين المسجلين وذلك بتقرير يحصل فى قلم الكتاب و يدوَّن فى ذيل قائمة شروط البيع

فإذا لم يرفع البائع الدعوى بهذه الكيفية فى الميعاد المذكور سقط حقه فى طلب الفسخ قبل من يرسو عليه المزاد

وهذا النص مستمد من القانون الفرنساوى وغير وارد بالقانون الأهلى ولذلك لا يسرى على الوطنيين فيما بينهم — انظر دوهلس فقرة ٢٧٩ بيع ج ٤ وجرانمولان فقرة ١٧٥ وراجع تاريخه وأسبابه فى بلانيول فقرة ١٥٦٨ ج ٢

ذيل — عدم امكان الفسخ إذا نزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة

١٦٨٠ — قدمنا فى فقرة ١٦٢٥ أن نزع ملكية العقار للمنفعة العامة يحول دون استعمال حق الفسخ لأن الفسخ متعلق بمصلحة المتعاقدين الخاصة ولهذا يتعلق حق البائع بالتعويض المستحق على نزع الملك فللبائع أن يتخذ الاجراآت اللازمة للحصول على ثمنه منه — انظر أيضاً جرانمولان فقرة ١٧٦

المبحث السادس — فى فسخ البيع بالتراضى

١٦٨١ — ان ما تكلمنا عليه للآن هو الفسخ بواسطة القضاء ولكن قد يتفق البائع والمشترى على الفسخ لعدم امكان المشترى دفع الثمن . فهل هذا الفسخ يكون له نتائج قبل الغير أو لا

لما كان سبب الفسخ هو عدم القدرة على دفع الثمن فوجب أن تكون النتيجة واحدة سواء كان الفسخ بالتقاضى أو التراضى وبذلك حكمت المحاكم ان العين تعود لمالكها خالية من كل حق عليها

غاية الأمر أنه يجب التدقيق حتى لا يكون الغرض من الفسخ اجراء بيع جديد من المشترى للبائع لأنه اذا كان الغرض منه بيعاً جديداً كان ناقلاً للملك والحقوق المكتسبة للغير قبل البيع الجديد لا تزول . فاذا حصل ذلك كان غشاً وتدليساً مبطلاً للتعاقد على الفسخ وموجباً لاعتبار هذا التعاقد بيعاً جديداً . وتقدير هذا الأمر موكول للقاضى

ومتى اعتبر التعاقد الموصوف بالفسخ بيعاً جديداً وجب تسجيله للاحتجاج به على الغير بعكس ما اذا اعتبر فسخاً

ويلاحظ هنا أن الفسخ بالتراضى لا يقيد فى هامش تسجيل عقد البيع كالفسخ بالتقاضى لأن المادة ٦٤٠ (٧٧٣ مختلط) لم تحتم ذلك حيث قصرت الإلزام على الأحكام الناطقة بالفسخ لأن الفسخ بالتراضى لا يعلن لأقلام الكتاب فلا تعلم به — « انظر جرانمولان فقرة ١٦٩ وبودرى فقرة ٥٩١ »

تنبيه — قارن هذا المبحث بباب « الاقالة » فى الشريعة الاسلامية وقد تكلم عليها الزيلعى فى صحيفة ٧٠ وما بعدها من الجزء الرابع

تتمة — أحكام قضائية

١٦٨٢ — ان المادة ٤١٣ من القانون المدنى التى بمقتضاها يكون للبائع فى حالة عدم دفع الثمن الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب الحكم بإلزام المشترى بدفع الثمن لا تنطبق الاَّ فى حالة عدم وجود شرط خاص بين المتعاقدين

فإذا اشترط المتعاقدان أنه فى حالة التأخير عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المحدد يكون العقد باطلاً والعربون يصير حقاً للبائع بطل الاتفاق المعقود بينهما ولا يجوز للمشترى أن يطلب تنفيذه اذا لم يكن دفع باقى الثمن فى الميعاد المحدد — مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٠٦ س ١٨ ص ١٧٨ فقرة ٤٤٨٠ مجموعة ثانية

١٦٨٣ — لا حق للمشتري فى حبس الثمن ارتكاناً على توقيع حجز عليه تحت يده اذا كان كاف عند الحجز بإيداع الثمن فى خزينة المحكمة. ولا يجوز له أيضاً أن يحبس الثمن المذكور ارتكاناً على وجود رهن عليه اذا كان قد أعلن بشطبه ولو كان التأشير بالشطب على هامش التسجيل لم يحصل فانه يمكنه اجراء هذا العمل بنفسه وخصم مصاريفه من الثمن — مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ س ١٢ ص ٧٥ فقرة ٤٤٨٣ مجموعة ثانية

١٦٨٤ — لا يعتبر تسليم الشيك الذى لم يقبله المحول عليه والمستحق الدفع

بعد عدة أيام من تاريخ تحريره دفعاً حالاً للثمن — مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ س ١٢ ص ٢٦٨ فقرة ٤٤٧٧

١٦٨٥ — ان الشرط الوارد فى عقد بيع والذى بمقتضاه ان المبيع كالأسهم والسندات يبقى فى يد البائع لحين دفع الثمن بتمامه اذا كان مشترطاً دفعه أقساطاً يعتبر بمثابة حق للبائع فى حبس المبيع لا حق رهن لأن الرهن معناه تسليم شىء للدائن تأميناً لدينه ولا يمكن أن يعطى الشىء الذى هو سبب الدين (مقصده) تأميناً له

وعلى ذلك فالشرط المذكور فى عقد البيع وقاضياً بأنه عند عدم دفع قسط واحد أو عدة أقساط يكون البيع مفسوخاً من نفسه وبحكم القانون وان للبائع أن يحتسب المشترى قيمة المبيع وقت الفسخ لا يمكن اعتباره من الشروط المحرمة بمقتضى المادتين ١٥٥ من القانون المدنى و ٨٤ من القانون التجاري — مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ س ١٦ ص ٧١ فقرة ٤٤٨٤ مجموعة ثانية

١٦٨٦ — اذا كانت البضاعة المبيعة معينة بالذات وبناء على ذلك انتقلت ملكيتها للمشترى بمجرد البيع فلا يسوغ للبائع أن يتصرف فيها بحجة أن المشترى لم يقبل الكمبيالة المتفق على تحريرها بدفع الثمن الاّ اذا أثبت امتناعه عن القبول بواسطة بروتستو وكلف المشترى تكليفاً رسمياً بتنفيذ عقد الشراء . فان لم يفعل ذلك وارتفع سعر البضاعة كان البائع مسئولاً عن التعويضات — مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ س ١٦ ص ١٦٧ فقرة ٤٤٨٥ مجموعة ثانية

١٦٨٧ — اذا اشترط «أنه اذا لم يدفع المشترى باقى الثمن فى الميعاد المحدد يكون العقد باطلاً من نفسه بدون حاجة الى تنبيه رسمى أو دعوى ويضيع عليه العربون» ثم تحقق الشرط الفاسخ فيكون للبائع الحق فى أن يحفظ العربون بمجرد انقضاء الميعاد بغير أن يدفع باقى الثمن وعدم ذكر عبارة (بحكم القانون) لا أهمية لها فالعبارات المذكورة هنا تؤدى معناها — مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٥ س ١٨ ص ٢٩ مجموعة ثانية

١٦٨٨ — ليس للبائع بحسب أحكام الشريعة الإسلامية غير حق حبس المبيع اذا كان الثمن حالاً فاذا سلمه للمشترى تسليماً مطلقاً من كل قيد او شرط آخر فلا

يكون له غير دعوى طلب الثمن — مختلط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٢ س ٤ ص ٢١٦ فقرة ٤٧٣٩ مجموعة أولى

١٦٨٩ — لا تستحق التعويضات فى حالة فسخ البيع الا فى حالة الضرر المحقق لا المحتمل — مختلط ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٤ س ٦ ص ٣٤٨ فقرة ٤٧٣٩ مجموعة أولى

١٦٩٠ — لا يعد شرطاً مخالفاً للقانون الشرط القاضي بأنه عند عدم دفع الثمن فى المواعيد يكون المشترى ملزماً برد العقار المبيع وملحقاته وما يكون فيه من زرع أو شجر أو بناء بدون أن يطالبه بقيمة هذه الزيادات أو يسترد ما دفع من الأقساط بل يعتبر ذلك مقابل ايجار العقار — مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ س ٩ ص ٩٣ فقرة ٤٧٤٠ مجموعة أولى

١٦٩١ — لا يكلف البائع بإدخال المشترى منه مباشرة فى دعوى الفسخ التى رفعها لعدم دفع الثمن اذا كان المشترى الثانى أو الحائز للمبيع حل محل المشترى الأصلى فى تعهداته قبل البائع وعلى ذلك يكون رفع الدعوى فى هذه الحالة على المشترى الثانى أو الحائز للعقار صحيحاً — مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ س ٤ ص ٢١٦ فقرة ٨٧٤٣ مجموعة أولى

١٦٩٢ — طلب دفع الثمن يعتبر داخلاً ضمناً فى طلب استرداد الأرض المبيعة لعدم دفع ثمنها ويكون بمثابة طلب احتياطى لازم فى حالة رفض الطلب الأصلى — « مختلط ٣٤ مارس سنة ١٨٩٢ س ٤ ص ٢١٦ فقرة ٤٧٤٣ مجموعة أولى »

الفرع الثانى — فى التعهد باستلام المبيع

١٦٩٣ — قلنا ان أول تعهد يلتزم به البائع هو التعهد بتسليم المبيع وهذا يستدعى التزام المشترى باستلامه ويجب عليه أن يستلمه فى الميعاد المحدد فى العقد أو فى المواعيد المقررة بحسب العرف — مادة ٢٧٧ (٣٤٨ مختلط.)

فاذا لم يُعين وقت فى العقد أو لم يقض العرف بميعاد وجب أن يكون الاستلام عقب البيع

الزام المشترى بالاستلام

١٦٩٤ — ما هو الضمان لالزام المشترى بالاستلام ؟

أولاً — قرر القانون فى المادة ٢٧١ (٣٤٢ مختلط) على ان وفاء الالتزام بالتسليم يحصل بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يستلمه بالفعل فبمجرد حصول ذلك يعتبر المشترى مستلماً — راجع ما أوضحناه فى فقرة ١٢١٣ المتقدمة ومابعدها

وهذا هو الاستلام قانوناً فاذا لم يستلم الشيء بصفة مادية ويتقله جاز للبائع اذا كان المبيع منقولاً وكان فى حاجة لاخلاء المحل الذى يشغله المبيع أن يطلب من المحكمة — بعد التنبيه على المشتري بالاستلام ولم يفعل — الاذن بايداع المبيع فى مكان آخر — قارن مادة ١٢٦٤ من القانون الفرنساوى

فاذا كانت العين معينة ولا يجب أو لا يمكن تسليمها فى محل الدائن كعقار يجوز الحصول على تعيين حارس لها بمعرفة المحكمة — مادة ٦٩٩ مرافعات

١٦٩٥ — ثانياً — للبائع أن يطالب المشتري بتعويضات عن الضرر الناشئ عن تأخيره فى استلام الأشياء المبيعة اذا كان كلفه بالاستلام

والتعويض اما أن يكون مقدراً جملة واحدة أو مقدراً باعتبار الأيام التى يحصل فيها التأخير — راجع حكم محكمة النقض فى ٢٦ فبراير سنة ١٨٧٢ داللوز ص ٢١٤ وبودوى فقرة ٥٩٤

١٦٩٦ — ثالثاً — قال شراح القانون الفرنساوى بأنه يجوز للبائع أيضاً أن يطلب فسخ البيع بناء على عدم قيام المشترى بتنفيذ تعهده وهو الاستلام وذلك لأن البيع عقد ملزم للجانبين واخلال أحدهما بتعهده يجيز للآخر أن يطلب الفسخ بناءً على نص المادة ١١٨٤

ولكنا فى شك من هذا الرأي بحسب احكام القانون المصري على الأقل فى البيع الحاضر فقد بينا فى فقرة ١٢١٣ ان التخلية تسليم من البائع والتخلى قبض من المشتري فكأنه قبض المبيع واستلمه واستلامه معتبر قانوناً وتترتب عليه جميع احكام الاستلام . أما اذا تحدد للاستلام مكان وزمان معينان كأن اشترى تاجر من مصر

بضاعة من انجلترا مشترطاً تسليمها في ميناء اسكندرية ثم امتنع عن استلامها بعد وصولها فهل يجوز الفسخ ؟ نرى أنه لا يجوز الاَّ متى كان داخلاً في حكم المادة ٣٣٥ التى سنتكلم عليها

فسخ بيع المنقول عند عدم الاستلام ودفع الثمن

١٦٩٧ — لايجوز أن يحصل الفسخ إلاّ فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٣٣٥ (٤١٨ مختلط) وهى أنه « فى بيع البضائع أو الأمتعة المنقولة اذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخاً حتماً اذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج لتنبيه رسمى »

وحتى نفس هذه الحالة لم تجعل الفسخ مبنياً على عدم الاستلام وحده كما جعلته مادة ١٦٥٧ فرنساوى بل بنته على عدم دفع الثمن وقت الاستلام مما يفيد ان الشارع المصرى لم يرد الأخذ بنظرية الفسخ لمجرد عدم الاستلام لأنها لا تستقيم مع المبدأ الذي قرره فى باب التسليم

شروط ذلك

١٦٩٨ — ويشترط لتطبيق المادة ٣٣٥ شرطان :

الأول — أن يكون البيع خاصاً ببضائع أو أمتعة منقولة

الثانى — أن يحصل اتفاق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع

فاذا تحدد للاستلام ودفع الثمن ميعاد فلم يدفع المشترى الثمن فيه ويستلم المبيع متى كان منقولاً فسخ البيع من نفسه بلا حاجة للحصول على حكم بالفسخ أو للتنبيه على المشترى بالاستلام

ويعتبر البيع حينئذٍ كأن لم يكن ويجوز للبائع التصرف في الأشيـاء المبيعة مع طلب التعويضات التى تستحق بحسب القواعد العامة

١٦٩٩ — والفرق بين نص هذه المادة واحوال الفسخ التى سبق الكلام عليها انه متى توفرت شروطها تحتم الفسخ بغير مراعاة للقيود والشروط المنصوص عليها فى المادة ٣٣٤ (٤١٦ مختلط)

وهذا الحق متروك لخيار البائع . فاذا رأى من مصلحته أن لا يستعمله جاز له

ذلك وان يطلب تنفيذ العقد بالطرق المخولة له قانوناً متى رأى ان ذلك أفيد له

حكمته

١٧٠٠ — والسبب فى تقرير هذا النص ان اسعــار المنقولات كثيرة التقلب والتغيير وأقل تأخير في دفع الثمن والاستلام قد ينشأ عنه ضرر كبير . كما ان البائع و بالأخص اذا كان تاجراً يكون قد اشترى بضاعة أخرى ويحتاج لدفع ثمنها من جهة وان يضعها فى مكان الأولى من جهة أخرى فيحتاج للمحل الموجود به المبيع. لهذا رأى القانون أن يجعل الفسخ محتماً بمجرد التأخير فى دفع الثمن في هذه الحالة حتى لا يتضرر البائع من البطء ومصاريف الدعوى التى يكون مضطراً لرفعها لطلب الفسخ

١٧٠١ — ويعتبر من الأموال المنقولة الأسهم والسندات التى تباع فى البورصة أو خارجها لعموم النص فيسرى عليها حكم هذه المادة

١٧٠٢ — وقد جرى القضاء فى فرنسا على اعتبار حكم هذه المادة سارياً على البيع التجارى لأن المادة لم تفرق بين البيع المدنى والبيع التجارى لا سيما وان البيع التجارى أحوج وأدعى لمثل هذا النص — انظر بودرى فقرة ٥٩٦ ص ٦٣٣

عدم جواز التوسع

١٧٠٣ — ولما كان نص هذه المادة نصاً استثنائياً فلا يجب التوسع فيه فاذا لم يحصل الاتفاق بين المتعاقدين على ميعاد للاستلام ودفع الثمن فلا يجوز الفسخ المحتم بلا تنبيه أو بمجرد تنبيه بغير حكم بالفسخ لأن الأصل ان الفسخ لا يحصل الاَّ بحكم من المحكمة فاذا نص القانون فى أحوال استثنائية على خلاف ذلك فلا يجوز التوسع فى النص الاستثنائى . وعلى هذا اذا نبه البائع على المشترى بالاستلام وحدد له ميعاداً فانقضى فلا يصح الفسخ المحتم لأن تحديد الميعاد لا يتعلق بارادة أحد المتعاقدين بل يجب الاتفاق عليه بينهما . اذ المسألة ليست مسألة تنبيــه بل الفسخ المحتم مبنى على ان المتعاقدين لما حددا أجلاً للاستلام ودفع الثمن قصدا بأنه بعد انقضائه وعدم دفع الثمن يكون للبائع الحق فى التصرف فى الأشياء المبيعة وهذه النيــة لا تعرف اذا لم يكن عُين ميعاد لذلك

أما مزية التنبيه أو التكليف الرسمى فهى انه يصح للبائع أن يطالب بالتضمينات

لأنها لا تستحق الا بعد التنبيه الرسمى – انظر مادة ١٢٠

١٧٠٤ – والميعاد المحدد عرفاً كالمحدد شرطاً لأن المتعاقدين يكونان أرادا الرجوع اليه . لأن العرف اذا كان جرى على تحديد ميعاد للاستلام ودفع الثمن فسكت المتعاقدان عن الاتفاق على خلافه يحمل سكوتهما على أنهما ارادا الميعاد الذى حدده العرف فكأنهما اتفقا عليه اتفاقاً ضمنياً – انظر بودرى المطول فقرة ٥٩٨

١٧٠٥ – وتطبيقاً لهذا المبدأ قررت محكمة ديجون فى ١١ فبراير سنة ١٨٣٠ داللوز سنة ٧٢ ص ١٩٣ بأن المبيع الذى يسلم مقابل دفع الثمن(١) عند وصوله للجهة المرسل اليها يعتبر مفسوخاً حتماً من نفسه اذا لم يستلمه المشترى لأن العادة جرت بأن البضاعة المرسلة مقابل دفع ثمنها عند الاستلام تسحب فى الحال ويدفع ثمنها عقب وصولها

ونص المادة ٣٣٥ لا يأبى هذا الرأي فاذا ارسلت بضاعة بطريق البوستة ومشترط تسليمها مقابل دفع ثمنها او ارسلت بالبحر مقابل دفع ثمنها فى الجمرك فلم يدفع الثمن جاز التصرف فيها

١٧٠٦ – اذا لم يرد البائع التمسك بنص المادة ٣٣٥ فيجوز له أن يجبر المشترى على الاستلام . أما المشترى فليس له أن يتمسك بنصها ويطلب الفسخ بناء على أنه لم يستلم فى الميعاد لأن التأخير فى الاستلام يكون من عمله حيث لم يدفع الثمن . أما اذا كان البائع هو الذى تأخر فى التسليم فللمشترى حق طلب الفسخ كما تقدم وانما يكون ذلك بواسطة المحكمة

١٧٠٧ – ويسقط حق البائع فى التمسك بهذه المادة اذا كان التأخير فى الاستلام بعد مضى الميعاد ناشئاً عن عمله كما اذا كان لم يستحضر المبيع أو لم يكن فى وسعه تسليمه « بودرى فقرة ٦٠١ »

١٧٠٨ – ولإثبات ان التأخير من جانب البائع يجب على المشترى أن ينبه عليه

---

(١) *Livrable contre remboursement*

بالتسليم اذا كان واجباً حصوله فى محل البائع . أما اذا كان التسليم واجباً حصوله فى محل المشترى أو فى محل آخر متفق عليه فلا يجوز للبائع التمسك بنص هذه المادة ما دام أنه لم ينقل المبيع أو لم يعرض نقله الى المحل المتفق عليه لأنه لحد ذلك الوقت لا يعد المشتري متأخراً فى الاستلام ودفع الثمن

١٧٠٩ — أما اذا كان المتسبب فى تأخير التسليم هو نفس المشترى لأنه لم يطلب تنفيذ التعهد فيجوز الفسخ المحتم . فقد حكم من محاكم فرنسا بفسخ البيع من نفسه فى حالة اشترط فيها المتعاقدان تسليم المبيع على عدة دفع فى مدة شهر وانتظر المشترى لآخر يوم ثم طلب استلام الكمية المبيعة بأكلها وكان من المتعذر تسليمها

والمبيع فى هذه الدعوى كان خمسمائة ألف محارة مقتضى تسليمها من ١٥ اكتوبر الى ١٥ نوفمبر باعتبار كل دفعة خمسين ألفاً فترك المشتري الميعاد يمضي ولم يطلب الاستلام . وفى آخر يوم طلب استلام المقدار بأكله فلم يتيسر ذلك للبائع فاعتبرت المحكمة أن التأخير غير ناشىء من فعل البائع بل من فعل المشتري . وقضت بالفسخ وأيدت هذا الحكم محكمة النقض — راجع حكم النقض فى ١٩ فبراير سنة ١٨٧٣ داللوز سنة ٧٣ ص ٣٠١ وبودرى فقرة ٦٠١

١٧١٠ — لا يسرى حكم هذه المادة الأعلى حالة الاتفاق على ميعاد لدفع الثمن واستلام المبيع بواسطة المشتري . أما اذا تحدد ميعاد للبائع للتسليم فلا يسرى عليه حكم هذه المادة كما يستفاد صراحة من نصها حيث قال الشارع « يكون البيع مفسوخاً حتما اذا لم يدفع الثمن » واهمية هذه الملاحظة ان الفسخ المشار اليه فى المادة تقرر لمصلحة البائع للأسباب التى سردناها آنفاً . ولذلك فليس للمشترى أن يتمسك بنصها في فسخ البيع اذا تأخر البائع في التسليم بل يرجع للقواعد العامة الواردة في مادة ٢٧٨ وقد سبق لنا شرحها في باب تسليم المبيع

١٧١١ — على أنه قد تشاهد أحياناً صعوبة فى معرفة ما اذا كان الميعاد فرض

فيه الاستلام على المشترى او التسليم على البائع كأن قيل فى العقد بأن التسليم يكون فى ميعاد كذا

فعلى القاضى أن يفسر العقد فى هذه الحالة بحسب القواعد العامة وهو البحث عن قصد المتعاقدين وفى الغالب يكون الإلزام للطرفين فعلى المشترى الاستلام وعلى البائع التسليم

وحينئذٍ اذا تأخر المشتري فى الاستلام ودفع الثمن جاز للبائع ان يفسخ البيع وان يتصرف فى المبيع وإنما لا يجوز له ذلك اذا كان التأخير من قبله . فاذا كان التسليم واجباً حصوله فى محل البائع وجب على المشترى ان يذهب لمحله وأن يدفع ثمنه ويستلمه والاَّ جرى عليه حكم المادة ٣٣٥

أما اذا كان التسليم واجباً حصوله فى محل المشترى فلا يعد المشترى المذكور متأخراً فى الاستلام ما دام ان البائع لم يعرض عليه التسليم أو لم ينقله الى محله كما قدمنا

١٧١٢ — ويلاحظ ان الفسخ المنصوص عليه فى مادة ٣٣٥ لا يسرى على حالة عدم دفع الثمن بل يقتضى لحصوله توفر شروط المادة المذكورة أما إذا تأخر المشترى فى دفع الثمن أو أعسر فلم يتيسر له دفعه فلا تنطبق بل يجب على البائع ان يطلب الفسخ من المحكمة بحسب نص المادة ٣٣٢ الاَّ اذا وجد شرط خاص طبقاً لنص مادة ٣٣٤ مدنى



الفصل الحادى عشر

فى دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش

قوانين مصرية

مادة ٣٢٦ أهلى — الغبن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق الا للبائع فى طلب تكملة الثمن وذلك بالنسبة للبائع ويكون ذلك فى حالة بيع عقار القصر فقط

مادة ٤١٩ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٢٧ أهلى — يسقط حق اقامة الدعوى بالغبن الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين

مادة ٤٢٠ مختلط — مطابقة لها مع إضافة ما يأتى فى آخر المادة « ولا يترتب على ذلك الحق اخلال بحقوق أصحاب الرهون العقارية المسجلة »

شريعة اسلامية

مادة ٤٣٨ مرشد الحيران — لا رد بغبن فاحش فى البيع الا اذا غر أحد المتبايعين الآخر أو غره الدلال فان ثبت التغرير وتحقق أن فى البيع غبناً فاحشاً فللمغبون فسخه

والغبن الفاحش فى العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين

مادة ٤٣٩ منه — لا يفسخ البيع بالغبن الفاحش بلا تغرير الا فى مال الصغير ومال الوقف ومال بيت المال

مادة ٤٤٠ منه — اذا مات المغرور المغبون بغبن فاحش فلا ينتقل خيار التغرير لوارثه

مادة ٤٤١ منه — المشترى المغرور المغبون بغبن فاحش اذا تصرف فى بعض المبيع تصرف الملاك بعد علمه بالغبن الفاحش سقط حق فسخه

تنبيه — أحكام الغبن الفاحش فى القانون الفرنسى مذكورة فى المواد من ١٦٧٤ الى ١٦٨٥ منه فمن شاء فليراجعها حيث لم نر كبير فائدة لنقلها هنا

المبحث الأول — عموميات

تعريف الغبن ١٧١٣ — الغبن لغة النقص فى الثمن أو فى غيره

واصطلاحاً عدم تساوى البدلين فى عقود المعاوضات فان أحد العاقدين يعطى أقل مما يأخذ والآخر يأخذ أكثر مما يعطى

وينقسم الغبن عند الفقهاء الى قسمين يسير وفاحش

فاليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين وقال بعضهم هو ما كان أقل من الخمس « راجع شرح مرشد الحيران صحيفة ١٨٢ »

والغبن الفاحش ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (مادة ٤٣٨ مرشد الحيران) أو هو ما زاد عن الخمس بحسب الرأى الثانى وهذا الرأى الذي اختاره الشارع المصرى . أما نصاب الغبن الفاحش فى القانون الفرنسى فهو أن يكون الغبن زائداً عن سبعة أجزاء من اثنى عشر جزءاً من ثمن العقار – مادة ١٦٧٤ فرنساوى

حكمه والخلاف فيه

١٧١٤ — الغبن اليسير فى القانون كما هو فى الشريعة الاسلامية لا يؤثر على العقود مطلقاً لأنه لا يمكن الاحتراز عنه – كذلك حكمه فى القانون الفرنساوى الا فيما يتعلق بتصرفات الصغير (مادة ١٣٠٥ فرنساوى)

أما الغبن الفاحش فالخلاف فى تأثيره قديم فبعض الشرائع يجعل له تأثيرًا يترتب عليه فسخ العقد كالشريعة الفرنساوية والبعض لا يجعل له أثراً مطلقاً كالشريعة الألمانية والبعض يجعل تأثيره قاصراً على جواز المطالبة بتكملة الثمن فقط وهذا هو مذهب القانون المصرى الذى قصره من جهة أخرى على بيع مال القاصر

وسبب هذا الخلاف ان نقض البيع بسبب الغبن الفاحش هادم للقاعدة القاضية بوجوب استقرار العقود متى انعقدت صحيحة بتراض من المتعاقدين ألا ترى أنه اذا لم تستقر العقود على قرار مكين يبعث على الطمأنينة حاق بالمعاملات خطر عظيم ووقف تيار الحركة الاقتصادية وما تقتضيه من سرعة تداول الأموال بين الناس اذ المشتري لا يطمئن على ما اشترى حيث لا يدرى أتطيب له الصفقة فيتصرف فيها تصرف المالك النهائى أم يحاول البائع نقضها بسبب الغبن . كذلك لا يقدم مشترٍ على الشراء خشية نفس هذا السبب . ولا ملافاة لذلك الا بالاطمئنان على أن العقود لا تنقض بعد ابرامها صحيحة خالية من العيوب المفسدة للرضاء وانها متى انعقدت كذلك استقرت على أساس متين

ناهيك فوق هذا بأنه يلزم لمعرفة الغبن تقويم الشيء وتقويمه انما يوكل لخبراء يقدرونه بحسب انظارهم والأنظار تختلف والتقدير فى البيع والشراء نسبى محض فقد تكون زيادة الثمن أو نقصه مبنية على اعتبارات شخصية من جانب البائع أو المشترى هذا رغب فى الشراء فزاد فى ثمنه وذاك زهد فيه فحط منه راضياً بثمن قليل

دعت هذه الأسباب لتردد الشرائع فى حكم الغبن

شريعة رومانية ١٧١٥ — فقد أجازت الشريعة الرومانية نقض العقود للغبن الفاحش فى عهد الأمبراطور ديوكليسيان ثم أبطله خلفاؤه من بعده

شريعة فرنساوية ١٧١٦ — أبطلته كذلك الشريعة الفرنساوية القديمة من بعد اباحته ثم قبله القانون الحالى بقيود وحدود تكاد تجعله فى حكم العدم فلا يجوز الفسخ الا فى العقار بشرط أن يتجاوز الغبن سبعة أجزاء من اثنى عشر جزءاً من ثمن العقــار ومع ذلك يسوغ للمشترى فى هذه الحالة بعد قبول دعوى الفسخ أن يحفظ المبيع ويدفع فرق الثمن بعد خصم العشر

شريعة المانية ١٧١٧ — أهملت الشريعة الالمانيــة الكلام على الغبن واتخذت لدفع ضرره حيطة أخرى هى خير ما يتخذ لحماية الضعيف فى تصرفاته وبالأخص اذا قيد اطلاقها بعض القيود

نظر الشارع الالمانى لشخص المتعاقد وبحث فى طريق حمايته من وجهة تحليل أخلاقه وصفاته. من وجهة مداركه وطرق معيشته وظروف أحواله . نظر اليه بالاختصار من وجهته الاجتماعية لا من وجهته الفردية كما نظرت اليه الشرائع القديمة فقد اقتصرت على النظر لمقدار الضرر المادى الذى يصيب المشترى من نقص الثمن واشتراط تكملة الفرق أو الاباحة للمشترى دفعه

فقد نصت المادة ١٣٨ من القانون الالمانى على بطلان كل عقد مخالف للآداب وكذلك «كل عقد يحصل بمقتضاه شخص على منفعة مالية يتجاوز قيمتها العوض الذى أعطاه الى المتعاقد معه منتهزاً فرصة ارتباكه او خفته أو عدم خبرته بحيث تفيد نفس

الظروف عدم التناسب » فهذا نص يحمى الضعاف صغاراً وكباراً ورب كبير أولى بالحماية من صغير . نص لم يقتصر كما هى الحال عندنا على ابطال العقود المنافيـة للآداب ولا على معاقبة من يستضعف القصر ومن حكم بامتداد الوصاية عليهم ومن يستلب مالهم لاحتياجهم او ضعفهم طبقاً للمادة ٢٩٤ عقوبات . وانما يبطل كل عقد دلت ظروف انعقاده على أنه حصل بدون القيمة استضعافاً بالمتعاقد معه وانتهـازاً لفرصة ارتباك حالته المالية او المعاشية او عدم تجربته وخبرته او خفته وطيشه بصرف النظر عن سنه

ويشير أهل الرأى من علماء اوروبا بوجوب ادخال هذا النص فى شرائعهم لأن فيه الكفالة اللازمة لمنع الغبن الفاحش فى التعاقد ودرء الربا والحماية التامة للمستضعفين من الاشخاص الذين يكونون فى ضائقة وتضطرهم حيرتهم المالية لقبول الربا الفاحش او البيع بالثمن البخس . فهو نص مفيد لازم بينما يحفظ أهلية التعامل للضعيف الذى لا تستدعى حالته الحجر عليه والحجر لا يرغب التوسع فيه اذ هو يبسط عليه حمايته من سطو طماع يريد سلب ماله وهو لا يخشى شرفاً ولا ذمة ويتحكم فيما يعطى من الربا وفيما يستلب من المال بأبخس الأثمان

لذلك وضع الشارع الالمانى هذا الفعل فى مرتبة واحدة مع العقود المخالفة للآداب وهى فى الواقع كذلك لأنهـا لا تدل على خلق شريف فأى شرف فى أن شخصاً ينتهز فرصة ضعف آخر فينهب منه ثروته لأن القانون لا يعاقبه ولو كان عقابه من الوجهة الأدبية والاخلاقية شديداً

أغفلت الشرائع القديمة هذه الحماية وقد تمثلت مضار الاغفال أمام أعيننا فكم رأينا وسمعنا بأن ثروة طائلة فرت من يد صاحبها بطريق من هذه الطرق فرار الماء من قبضة اليد واذا ما طعن فى هذا التصرف أمام القضاء قال ناهب المال ويل للبائع علامَ يستند فى نقض البيع أيريد الفسخ للغبن الفاحش وهو غير جائز أو البطلان لعدم الأهلية ولم يكن محجوراً عليه او الفساد لعدم الرضا وهو راض بما باع ولكن الله

عليم بأن رضاءه لم يكن الاّ لظروف وأحوال لولاها لما تصرف ولما تعامل

فنص القانون الالمانى يحمى هؤلاء القوم دون حرمانهم من أهلية التعامل

هذا هو حكم الغبن فى الشرائع الوضعية

شريعة اسلامية ١٧١٨ — أما حكمه فى الشريعة الاسلامية فمختلف فيه

قال بعضهم إن الغبن الفاحش لا يفسد العقد ولا يوجب الفسخ للمغبون مطلقاً أى سواء صاحبه تغرير او لم يصاحبه لأن للمتعاقدين خيار الشرط بعد التعاقد وهو خيار مشروع للتروى ودفع الغبن — زيلعى صحيفة ١٤

وقال بعضهم انه يؤثر على العقد الفساد ويوجب حق الفسخ مطلقاً سواء صاحبه تغرير او لم يصاحبه لأنه أوجب ضرره

وقال البعض ان الغبن الفاحش لا يوجب فسخ العقد الاّ اذا صاحبه تغرير والظاهر أن هذا الرأى يرجع للرأى الأول لأن التأثير هنا للتغرير لا للغبن .

أما الرأى المعول عليه فهو ان الغبن الفاحش لا يوجب فسخ العقد الاَّ فى مال الصغير ومال الوقف — مادة ٤٣٩ مرشد الحيران

وسبب اجازته فى مال الصغير قوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الاَّ بالتى هي أحسن) وليس من الحسن ادخال الغبن الفاحش فى ماله

أما سبب اجازته فى مال الوقف فلأنه يفتى فيه بما هو أنفع — شرح مرشد الحيران صحيفة ١٨٣

شريعة مصرية ١٧١٩ — جرى القانون المصرى على عدم اباحة فسخ العقود للغبن ولكنه أجاز المطالبة بتكملة الثمن فى حالة بيع القاصر فقط تأثراً بأحكام الشريعة الاسلامية التى تقضى بمراعاة مصلحة القاصر وبديهى ان فى تكملة الثمن دفعاً للضرر

المبحث الثانى — شروط دعوى تكملة الثمن

١٧٢٠ — يشترط ان يكون فى البيع : ١ — غبن فاحش ٢ — وان يكون المبيع عقاراً ٣ — وأن يكون البائع قاصراً — انظر مادة ٣٣٦ أهلى (٤١٩ مختلط)

١٧٢١ — أن يكون فى البيع غبن فاحش — قدر القانون نصاب الغبن بأن يكون زائداً عن خمس الثمن فان كان الخمس او أقل منه فلا وجه لطلب التكملة الشرط الاول

ولمعرفة الغبن يجب تقويم العقار بحسب حالته وقت انعقاد البيع لأنه الوقت الذى قدر المتعاقدان فيه ثمن المبيع (مادة ٢٣٥ مدنى) وقد صرحت بذلك مادة ١٦٧٥ فرنساوى

ويكون التقويم بحسب الأسعار الجارى التعامل بها وقت البيع فان كان المبيع أرضاً زراعية نظر لثمن الأطيان المجاورة لها والمعادلة معدناً وصقعاً وان كانت أرضاً للبناء قوم ثمنها بحسب أثمان جهاتها ومواقعها

ويترتب على تقويم العقار بحسب حالته وقت انعقاد البيع أن يصرف النظر عن تقلب الأسعار الذى يلى ذلك صعوداً وهبوطاً وعن تغير حالة العقار زيادة او نقصاً وتعميراً أو تخريباً

فاذا تبين ان الثمن الذى دفعه المشترى لم يبلغ أربعة أخماس القيمة التى قدرها أهل الخبرة بالاعتبار السابق كان الفرق زائداً عن خمس الثمن وعد غبناً فاحشاً مستوجباً لطلب التكملة

١٧٢٢ — لا صعوبة فى التقويم بهذه الكيفية اذا كان البيع وارداً على عقد من عقود التعاوض وانما تظهر الصعوبة اذا كان عقد البيع من عقود الغرر كبيع حق الانتفاع أو بيع نصيب شريك فى تركة الى شريكه فان التقويم متعسر ومن الصعب معرفة النسبة بين قيمتى التعهدين لأن حق الانتفاع ينتهى بوفاة المنتفع وحياته قد تطول أو تقصر

وقد رأى بعضهم مخرجاً لذلك وهو أن يكون التقويم باعتبار أحسن الحظوظ للبائع فان شوهد بعد ذلك غبن جازت المطالبة بتكملة الثمن والاّ فلا

الشرط الثانى

١٧٢٣ – ان يكون المبيع عقاراً – وقد خرج بذلك المنقول نفيساً كان أو خسيساً فلا تجوز فيه الدعوى بطلب تكملة الثمن . لاحظ الشارع فى ذلك سرعة تقلب أسعار المنقولات بين الصعود والهبوط وسهولة نقلها من مكان كسد فيه سوقها الى مكان يروج فيه وسرعة نقلها من يد الى يد كما أراد احترام قاعدة « اليد دليل الملك »

ويرجع فى تعريف العقار لنص المادتين ٢ و ٤ من القانون المدنى

فالعقار حقيقة كالأراضى والبرك والأشجار والحاصلات التى لم تنفصل عن الأرض والعقار حكماً كالبناء الثابت بصنع الانسان ومجاري المياه تحت سطح الأرض والطواحين والسواقى والأموال الملحقة بالعقار كآلات الزراعة وآلات المعامل وهكذا والحقوق العينية كلها عقارات اذا دخل على ثمنها الغبن جاز طلب التكملة

فاذا تغيرت صفة الشيء فأصبح منقولاً كأشجار فصلت عن الأرض وآلة بخارية انقطع استعمالها أخذت حكم المنقول عند البيع

واذا اشتمل المبيع على عقار ومنقول تطلب تكملة الثمن بالنسبة للعقار فقط — فان كان ثمن العقار والمنقول مسمى جملة واحدة قسم الثمن بنسبة العقار والمنقول ثم ينظر فاذا كان فى ثمن العقار غبن جاز طلب التكملة — راجع بودرى صحيفة ٧١٥

الشرط الثالث

١٧٢٤ — ويشترط أن يكون العقار المبيع مملوكاً لقاصر

ويرجع فى حكم القاصر وبلوغه أهلية التعامل للأحوال الشخصية التابع لها الصغير . يخرج بهذا القيد بيع عقار الرشيد وبعبارة أخرى بيع كل من كان ذا أهلية للتعامل ولكن هل يخرج بذلك بيع غير القاصر من فاقدى الأهلية

قال بعضهم إن هذا الخيار ممنوع على غير القاصر من فاقدى الأهلية كالمحجور عليه — راجع شرح القانون المدنى صحيفة ٢٥٢

وحكمت المحكمة المختلطة فى ١٠ ابريل سنة ١٨٨٩ بغير ذلك حيث ساوت المحجور

عليه بالصغير فى طلب تكملة الثمن — راجع مجلة التشريع والقضاء المختلط سنة أولى صحيفة ١١٥

ولكنا نرجح الرأى الأول للأسباب الآتية :

١ — النص صريح فى قصر الدعوى على القاصر

٢ — أخذ الشارع المصرى هذا النص تأثراً بأحكام الشريعة الاسلامية وهى لا تجعل المحجور عليه كالصغير فى دعوى الغبن

٣ — بيع المحجور عليه الصادر منه أثناء الحجر مكفول بنص المادة ١٣١ مدنى التى قضت بأن مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها ضرر . فان تبين ان فى البيع غبناً طلب ابطاله لمجرد اثبات عدم الأهلية وذلك طريق أسهل من طريق دعوى الغبن وليست دعوى الغبن من الدعاوى التى يرغب التوسع فيها واستنتاج أحكامها بطريق القياس. وهذه الدعوى هى فى الحقيقة أيضاً مملوكة للقاصر الا أنه بهذه الكيفية يكون للقاصر دعويان لحماية الضرر الذى يلحقه : دعوى طلب تكملة الثمن ودعوى الابطال لعدم الأهلية

المبحث الثالث — فيمن له حق رفع هذه الدعوى

١٧٢٥ — قلنا انه يرجع لأحكام الأحوال الشخصية لمعرفة أهلية القاصر وطريق التصرف فى ماله

والقاصر اما أن يكون خاضعاً لأحكام المحاكم الشرعية او غير خاضع لها وبعبارة اخرى اما ان يكون تابعاً للمجالس الحسبية او غير تابع

فان كان من الخاضعين لأحكام المحاكم الشرعية فالتصرف فى ماله اما ان يكون

١ — ممن له الولاية على المال شرعاً كالأب والجد

٢ — او يكون من الوصى

٣ — او يكون من الصغير نفسه

ولكل من هؤلاء حدود وقيود فى التصرف مذكورة بالتفصيل فى مواضعها

(راجع مادة ٤٢٢ وما بعدها من كتاب الأحوال الشخصية فيما يتعلق بتصرفات الأب و٤٥٠ وما بعدها فيما يتعلق بتصرفات الصغير وشرح ذلك للشيخ محمد زيد بك الأبيانى وشرح القانون المدنى لفتحى باشا صحيفة ٣٠

في بيع الولى ١٧٢٦ — اذا كان البيع لأجنبى بمثل القيمة أو بيسير الغبن صح وليس للولد نقضه بعد ادراكه لصدوره عن ولاية تامة ولا موجب لنقضه — شرح الشيخ زيد صحيفة ١٢٠

ولا تتوقف صحة بيع الولى فى هذه الحالة على إذن المجلس الحسبى لأن المادة ١٣ من لائحة المجالس الحسبية قصرت الإذن على بيع الأوصياء والقامة والوكلاء

وقد حكمت بهذا المعنى المحكمة المختلطة فى حكمها الصادر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ — راجع فقرة ٤٤٩٤ مجموعة العشرة سنوات الثانية

أما اذا باع الولى لأجنبى بفاحش الغبن فيجوز للقاصر طلب تكملة الثمن بعد بلوغه

وقد كان البيع بفاحش الغبن باطلاً فى الشريعة الاسلامية ولا يتوقف على اجازة الولد بعد بلوغه لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر مع الغبن الفاحش والاجازة لا تلحقه لأن العقد باطل — راجع مادة ٤٢٠ من كتاب الأحوال الشخصية

واذا باع الولى العقار لنفسه فيجوز للقاصر اما طلب تكملة الثمن اذا كان فى البيع غبن فاحش لعموم النص كما يجوز له طلب الفسخ بمقتضى المادة ٢٥٨ مدنى وذلك اذا لم يقره بعد بلوغ رشده

في بيع الوصى ١٧٢٧ — لا يجوز للوصى أن يبيع عقار أو أطيان القاصر الاَّ بعد الإذن بذلك من المجالس الحسبية — راجع مادة ١٣ من الأمر العالى الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦

في بيع الصغير ١٧٢٨ — ليس فى القانون نص يمنع الصغير من التبايع وانما يكون بيعه قابلاً للبطلان من جهته بحسب نص المادة ١٣١ من القانون المدنى

وقد حكمت محكمة الاستئناف فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ بأنه اذا باع القاصر عقاراً فلا يكون بيعه باطلاً بسبب عدم أهليته ان أجاز البيع بعد بلوغه صراحة أو ضمناً كأن استأجر العقار المبيع من الذى اشتراه (مجموعة رسمية ٥٣ ص١٢٣س١٠)

يستخلص من هذا أن الأحوال التي يجوز فيها طلب تكملة الثمن هي حالة بيع الولى عقار القاصر بفاحش الغبن أو حالة بيع القاصر بنفسه

١٧٢٩ — أما البيع الحاصل من الوصى بعد اذن المجلس الحسبى فنرى أنه صحيح وليس للقاصر بعد البلوغ الخيار فى طلب تكملة الثمن . ووجه ذلك أنه :

أولاً — كانت تصرفات الوصى فى بيع عقار القاصر قبل اصدار لائحة المجالس الحسبيةصحيحة معتبرة اذا حصلت بمسوغ شرعى ولزم الصبى حكمها ولم يكن له نقضها الا اذا كانت بغير مسوغ شرعى . فمن باب أولى تكون صحيحة لازمة للصبى متى حصلت بعد استيفاء اجرا آت أخرى وضعها القانون زيادة فى الحيطة والضمان وهى الحصول على اذن المجلس الحسبى .

ثانياً — ان فى استئذان المجلس الحسبى وتصديقه على البيع ضماناً على أنه روعى فيه مصلحة القاصر اذ المفروض ان المجلس الحسبى لا يأذن بالبيع الا بعد اقتناعه بصلاحيته وتأكده من الشروط الواجب تحققها لجواز البيع (راجع منشورات وزارة الحقانية الصادرة فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩١١ وأول ديسمبر سنة ١٩١٢) والوزارة مكلفة بنص المادة الخامسة من القانون بمراقبة سير هذه المجالس

وفى هذا دليل على ان معاملة الوصى بعد الاذن من المجلس الحسبي صحيحة معتبرة ولا يجوز الطعن فيها الا بالطرق الجائزة أمام المجلس الحسبى العالى

ثالثاً — الرأى المتبع فى فرنسا هو ان دعوى الغبن لا تجوز فى التصرفات التى حصلت طبقاً للاجرا آت القانونية لأنه متى روعيت تلك الاجرا آت اعتبر العقد كأنه صادر من القاصر وهو بالغ رشده — راجع مادة ١٣١٤ من القانون الفرنساوى ومختصر بودرى صحيفة ٨٢٣ فقرة ٤ وما بعدها من تعليقات داللوز على المادة السابقة .

ويستنتج من الحكم الآتى أنه متى كان تشكيل المجلس الحسبى حاصلا بصفة قانونية فأحكامه صحيحة . أما اذا كان التشكيل غير قانونى فلها الخيار فى الحكم بصحة القرار أو بطلانه بحسب ما يتراءى لها

فقد حكمت محكمة الاستئناف بأن للمجالس الحسبية فى مصر عمل مزدوج فهى تعمل تارة عمل المحاكم النظامية الحقيقية فى فرنسا وغيرها من البلدان وتعمل تارة أخرى عمل ما يسمى فى تلك البلاد بمجلس العائلات

والقرارات التى تصدر من المجلس الحسبى أثناء قيامه بعمل من أعمال مجلس العائلات كالتصريح الى الوصى بالتصرف فى العقارات أو رفضه لا تكون باطلة حتماً اذا كان مشكلاً بصفة غير قانونية بل لمحكمة الاستئناف السلطة المطلقة فى تقدير صحة هذه القرارات فلهـا أن تحكم ببطلانها أو بصحتها حسبما يتراءى لها من أن التشكيل الغير قانونى كان نتيجة اتفاق وتدليس أو أنه نشأ عنه ضرر لعديم الأهلية أم لا

« حكم الاستئناف ١٥ مارس سنة ١٩١١ عدد ٩٤ مجموعة رسمية سنة ١٢ »

في البيع بغير اذن المجلس الحسبي

١٧٣٠ — اذا باع الوصى عقار قاصر بغير اذن المجلس الحسبى كان البيع باطلاً شكلاً أى باطلاً بطلاناً نسبياً فللقاصر أن يقره بعد بلوغه أو يطلب ابطاله . ولا يترتب على عدم اذن المجلس الحسبى ان يكون البيع غير منعقد لأن الغرض من الاذن هو حماية الصغير لا وضع شرط جديد لصحة العقد — قارن مختصر بودرى صحيفة ١٢٣

١٧٣١ — يستخلص مما تقدم ان الذى يملك دعوى طلب تكملة الثمن هو القاصر وذلك اذا كان البيع صادراً منه أو من الولى بشرط ان يكون فى البيع غبن فاحش . اما اذا كان البيع صادراً من الوصى فلا يحق له طلب تكملة الثمن لما قدمنا . ويرى انه فى حالة حصول البيع من نفس القاصر يجوز له أن يطلب تكملة الثمن أو يطلب مباشرة ابطال البيع لحصوله من عديم الأهلية عملاً بنص المادة ١٣١ مدنى

في شراء الوصى لنفسه

١٧٣٢ — اذا اشترى الوصى لنفسه مال القاصر الذى تحت وصايته وأذن به المجلس الحسبى لم يكن للقاصر خيار الغبن وانما يسوغ له ابطاله اذا لم يجزه بعد بلوغه الرشد عملاً بنص المادة ٢٥٨ مدنى

حكم البيع باذن المجلس الحسبي

١٧٣٣ — والبيع الصادر من الوصى باذن المجلس الحسبى صحيح سواء حصل بالتراضى أو بالمزاد العرفى او على يد المحكمة طبقاً للاجراءات المنصوص عليها فى باب

وهنا تجب الاشارة الى ان المجلس الحسبي العالى حكم أخيراً بوجوب حصول بيع عقار القاصر بالطريقة المبينة فى قانون المرافعات فوجب البحث فيما اذا كان هذا التحتيم الزامياً بحسب أحكام القانون او ان الأمر موكول لخيار المجلس يأمر به اذا رأى فيه مصلحة للقاصر وكل ما فى مصلحته جائز عمله . والفرق بين الرأيين عظيم إذ لو اعتبر الرأى الأول كان كل بيع صادر بغير الطريقة المنصوص عليهـا فى قانون المرافعات قابلاً للبطلان لعدم استيفاء شرائطه القانونية أما اذا كان الأمر على سبيل الخيار فلا يجوز البطلان الاَّ فى العقود المعلقة على هذا الشرط عند عدم استيفائه كأن قيد المجلس البيع بالطريقة المبينة فى مادة ٦١٤ فباع الوصى بغيرها

واليك ما جاء فى حيثيات حكم المجلس الحسبي العـالى الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩١٢ (قضية نمرة ٢٩ جدول سنة ١٩١١)

« وحيث انه لما كان من الجائز أن لا يهتم الوصى بهذا البيع الاهتمام الواجب وأن يقبل بيع العقار بثمن أقل من الثمن الحقيقى كان من فائدة القاصر الزام الوصى باتباع الطريق التى بها يتوصل الى اكبر ثمن للعقار وهو طريق المزاد العلنى المدونة قواعده بالمواد ٦١٤ وما بعدها من قانون المرافعات لأن ذلك من متممات المسوغ الشرعى للبيع فيجب على المجلس الحسبي حينئذٍ عندما يرى ان المسوغ الشرعى موجود وانه يصرح بناءً على ذلك للوصى بالبيع أن يكلفه باتباع طريق البيع بالمزاد العلنى المبينة بالمواد ٦١٤ وما بعدها من قانون المرافعات »

وحكم فى ٣٠ يونيه سنة ١٩١٢ فى القضية المقيـدة بجدول المجلس نمرة ٤٣ سنة ١٩١٢ بهذا المعنى مستنداً على نص المادة ٦١٤ من قانون المرافعات فقد جاء بحيثيات هذا الحكم ما يأتى :

«من حيث ان المادة ٦١٤ من قانون المرافعات صريحة فى انه يجب فى حالة بيع عقار القاصر اختياراً بعد الاذن من المجلس الحسبي لوجود المسوغ أن يكون ذلك

بالطريقة المعينة بالمادة المذكورة وما بعدها فيجب تعديل القرار المطعون فيه بوضع هذا القيد فى التصريح به »

والظاهر أن هذا التحتيم مردود والأوفق أن يكون الأمر موكولاً للمجلس الحسبي فإن رأى أن من فائدة القاصر إلزام الوصى بإجراء البيع بحسب أحكام قانون المرافعات أمر بذلك وقيد الأذن به والاَّ تركه يبيع بحسب الطرق العادية فقد تكون أصلح وأنفع وإليك الدلائل على تأييد ما نراه :

اولاً — يستند المجلس الحسبي العالى على نص المادة ٦١٤ من قانون المرافعات على أن هذا النص مأخوذ عن أحكام القانون الفرنساوى التى تقضى بأن يأذن مجلس العائلة بالبيع وان تحكم المحكمة بالتصديق عليه

وتقلت عبارات « الإذن وصدور الحكم » فى المادة مع أنه لم يكن وقت صدور قانون المرافعات — وبالأخص المختلط لأن النص واحد — جهة من الجهات تأذن بالبيع أو التصريح به بالنسبة للأشخاص الخاضعين لأحكام المحاكم الشرعيـة فى أحوالهم الشخصية بل كان الوصى يتصرف من تلقاء نفسه واذا احتاج الأمر لإذن فكان القاضى الشرعى هو الذى يأذن به وهو غير ملزم باتباع قانون المرافعـات وأمره فى هذا المعنى نافذ لأنه صاحب الولاية الشرعية — راجع مادة ٤٥٠ و ٤٩٣ من كتاب الأحوال الشخصية

وحيث يوجد أشخاص لهم قانون أحوال شخصية خاص فلا بد من أن يكون هذا النص موجهاً اليهم متى التأم مع قانون أحوالهم الشخصية الذى يقضى باتباع هذه الاجراآت كقانون فرنسا فانه لا بدَّ من إذن مجلس العائلة قبل البيع وصدور حكم بالتصديق عليه ثم ضرورة اتباع اجراآت مخصوصة لبيع مال القاصر . ولما كان بيع العقار من اختصاص المحاكم المحلية مختلطة أو أهلية اضطر الشارع لوضع قواعد لذلك حتى لا تتعطل أحكام الأحوال الشخصية الخاصة بالأجانب خصوصاً وان نفس القانون المصرى هو الذى قضى صراحة باتباعها والرجوع اليها

ثانياً — كانت تصرفات الوصى فى بيع عقار القاصر قبل إصدار لائحة المجالس الحسبية صحيحة معتبرة اذا حصلت بمسوغ شرعى ولزم الصبى حكمها ولم يكن له نقضها الاَّ اذا كانت بغير مسوغ شرعي ولم يكن مشروطاً ولا مفروضاً عليه اتباع طريق مخصوص للبيع فمن باب أولى تكون صحيحة لازمة للصبى متى حصلت بعد استيفاء اجرا آت أخرى وضعها القانون زيادة فى الحيطة والضمان

ثالثاً — صدرت فى سنة ١٨٩٦ لائحة المجالس الحسبية والغرض منها مراقبة الأوصياء وضمان مصلحة القصر عند التصرف فى مالهم فراعت ما تقدم من الاعتبارات لأن المادة ١٣ منها لم تقيد البيع الصادر من الأوصياء بغير اذن المجلس الحسبى ولو كان الغرض تحتيم البيع بحسب أحكام قانون المرافعات لنص الشارع على ذلك لأنه يعلم بأن قانون المرافعات السابق على اللائحة نص على طرق مخصوصة للبيع

وما كان الأمر بمجهول لديه بل بالعكس استلفت تصرف الأوصياء نظر وزارة الحقانية فى سنة ١٨٨٢ فأصدرت منشوراً فى ٢٥ يناير من السنة المذكورة بينت فيه الحالة وعلقت نفاذ البيع على استئذان المجالس الحسبية التى كانت شكلت بمقتضى لائحة ١٦ ربيع أول سنة ١٢٩٠ ولم ينص فيها على وجوب التصديق على البيع الصادر من الوصى فى مال المحجور عليه

صدر بعد تاريخ هذا المنشور بزمن قليل قانون المرافعات الأهلى فى ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ فاستمر بعض الأوصياء على اجراء البيع بغير إذن المجلس الحسبى فعادت نظارة الحقانية وأكدت على الجهات المختصة بمنشور آخر فى ٢٠ يونيه سنة ١٨٨٤ بضرورة محاسبة الأوصياء ومراقبة عدم حصول بيع أو شراء عقار القصر الاَّ بعد إذن المجالس الحسبية وبعد ذلك صدرت لائحة المجالس الحسبية الصادرة فى سنة ١٨٩٦ فجاء نص المادة ١٣ منها مقرراً لأحكام هذه المنشورات ودالاًّ على أنه لم يكن من غرض الشارع حينئذٍ إحالة هذه البيوع على المحاكم لتحصل بواسطتها طبقاً للاجرا آت المبينة بقانون المرافعات

رابعاً — مما يؤيد استنتاجنا أن الشارع ساوى بين حكم الإذن بالبيع والإذن بالرهن أو الشراء فى المادة ١٣ من لائحة المجالس الحسبية فالرهن والشراء صحيحان بمجرد الإذن بهما من المجلس الحسبي فلا معنى لتعليق البيع وهو وارد معهما فى نص واحد على شرط حصوله بطريق مخصوص وهو طريق المزايدة على يد المحكمة مع أن الضرر من الرهن أو الشراء محتمل أيضاً فقد يشترى الوصى بثمن زائد عن القيمة أو يرهن بشروط مضرة بالقاصر والغرض رفع الضرر

خامساً — ليس من مصلحة القاصر استلزام البيع بحسب احكام قانون المرافعات لأن فى ذلك اتباع اجراآت طويلة وصرف رسوم باهظة لبيع عقار قد يكون قليل الأهمية وربما كان بيعه بالتراضى أسرع وأفضل

سادساً — فى النص الوارد بالمادة ١٣ من اللائحة تعديل لطريقة قانون المرافعات لمن قال بضرورة لزومها بالنسبة للخاضعين لأحكام المحاكم الشرعية لأنها تالية للقانون

نخرج من هذا على ان المقصود بالمادة ٦١٤ هو مراعاة حكمها بالنسبة للأشخاص الذين تقضي أحكام احوالهم الشخصية بالبيع على يد المحكمة او فى الأحوال التى ترى المجالس الحسبية فيها ان من مصلحة القاصر لأهمية العقارات المبيعة اتباع تلك الاجراآت والفرق بين الإلزام والتخبير كما بينا كبير(١)

هذا رأينا بسطناه للفت نظر الشارع اليه بمناسبة شروعه فى تعديل قانون المجالس الحسبية وقانون المرافعات . ولنعد الى اتمام موضوعنا الأصلى

---

(١) عقب نشر هذا المبحث بالصحف اليومية عثرت فى جريدة البورص ايجبسيان اليومية (عدد ٤ مايوسنة ١٩١٥) والتى تصدر باللغة الفرنساوية على حكم من المحكمة المختلطة موافق لما رأيناه وهذا نصه : إن المادتين ٦١٤ مرافعات أهلى و ٧٠٤ مرافعات مختلط لا تفيد مطلقاً ان مال القاصر لا يمكن بيعه الا بالمزاد وتأويلها كذلك يؤدى لمخالفة أحكام الشريعة الاسلامية التى تقضى بأن لوالد الصغير أن يتصرف فى مال ابنه الصغير بكل التصرفات

وعلى ذلك يتعين أن يكون القصد من هذه المواد كما هو المفهوم مع ذلك من نفس ألفاظها انه اذا تعين أن يحصل بيع مال القاصر بالمزاد العام (اما لأن قانون أحواله الشخصية يقضى بذلك واما لأن السلطة المختصة أمرت به لأنه فى مصلحة القاصر) فالاجراآت التى تتبع هى المنصوص عنها بالمواد السابق ذكرها (محكمة اسكندرية المختلطة دائرة ثانية برئاسة المسيو دالبويم)

١٧٣٤ — مما لا جدال فيه ان الغبن الزائد عن خمس ثمن العقار لا يستوجب الفسخ وانما يجيز طلب تكملة الثمن — راجع المادة ٣٣٦ وحكم المحكمة المختلطة فى ٢٠ مايو سنة ١٨٩٥ سنة ٧ ص ٣١٩ و ٤ يناير سنة ١٩٠٠ سنة ١٢ ص ٦٨

١٧٣٥ — والخيار فى الدعوى للبائع لا للمشترى . فليس للمشترى أن يطلب تنقيص الثمن أو الفسخ لزيادته وقد حكمت المحكمة المختلطة بعدم قبول دعوى المشترى فى هذه الحالة (راجع حكم ٧ يناير سنة ١٨٩١ فقرة ٤٧٥٣ مجلد ثانٍ) والسبب فى ذلك ان المشترى لا يحتاج للحماية لأنه ليس مضطراً للشراء كما يضطر البائع للبيع

المبحث الرابع — فيمن ترفع عليه الدعوى

١٧٣٦ — ترفع دعوى تكملة الثمن على المشترى أو ورثته من بعده حتى ولو باع المشترى العقار او تصرف فيه ما دام الحق بالمطالبة لم يسقط

١٧٣٧ — وهذه الدعوى قابلة للانقسام لأن موضوعها المطالبة بمبلغ من النقود أى بشىء قابل للقسمة وعلى هذا يجوز مطالبة كل وارث بحصته فى الغبن

١٧٣٨ — ودعوى تكملة الثمن هى دعوى شخصية لا عينية لأن الغرض منها المطالبة بمبلغ من النقود ولا تتعلق بشخص البائع ولذلك يجوز لدائنيه ان يقيموها باسمه

١٧٣٩ — تسقط الدعوى بمضى سنتين من بلوغ رشد القاصر او وفاته بسنتين سقوطها وذلك لأن انقضاء هذا الزمن بغير رفع الدعوى والمطالبة بالفرق يعد اجازة ضمنية بالبيع ورضاء بثمنه — انظر مادة ٣٣٧ أهلى (٤٢٠ مختلط)

ومدة السنتين هذه مأخوذة من القانون الفرنساوى . والحكمة من تقصير الزمن وجعله سنتين . فقط الرغبة فى سرعة تخلص المشترى من الريبة التى تحيط بالعقد والتعجيل بازالة تخوفه من جهة مطالبته بفرق الثمن

١٧٤٠ — وهذا الزمن لا يوقف متى ابتدأ سريانه فيسرى على الورثة ولو كانوا سريان المدة قصر وعلى البائع الصغير ولو حجر عليه بعد بلوغ رشده

وقد حكمت بذلك المحكمة المختلطة بحكمها الصادر فى ١٠ ابريل سنة ١٨٨٩ الوارد بيوردلى تعليقاً على مادة ٤١٩ فقد قضت بأن مواعيد السقوط لا توقف ولا تقطع لأى سبب كان ما لم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك ولا نص بهذا المعنى — حيثيات حكم الاستئناف ١٠ ابريل سنة ١٨٨٩ مجلد أول سنة ٨٩ و ٩٠

القاصر غير الخاضع للمحاكم الشرعية

١٧٤١ — اذا كان القاصر من غير الخاضعين لأحكام المحاكم الشرعية فيسرى على تصرفه وتصرف من لهم حق الولاية على ماله أحكام الأحوال الشخصية التابع لها . فاذا قررت اجراءات مخصوصة فروعيت فى البيع كان البيع صحيحاً لا يترتب عليه المطالبة بتكملة الثمن والاّ جازت المطالبة به فى غير ذلك من الأحوال

الفصل الثانى عشر

فى بيع الوفاء

قوانين مصرية

مادة ٣٣٨ أهلى — ينقسم بيع الوفاء الى نوعين

الأول — جعل العقار أو الشيء المبيع بيع وفاء رهناً للمشترى لسداد الدين الذي على البائع

الثانى — البيع مع اشتراط البائع استرداد المبيع واعادة الأشياء الى الحالة التى كانت عليها أولاً اذا أحب ذلك

مادة ٤٢١ مختلط — مطابقة لها

شريعة اسلامية

مادة ٤٥٤ مرشد الحيران — بيع الوفاء هو أن يبيع شيئاً بكذا أو بدين عليه بشرط أن البائع متى رد الثمن الى المشترى أو أداء الدين الذى له عليه يرد له العين المبيعة وفاء

مادة ٤٥٥ منه — لا يجوز للمشترى وفاء أن ينتفع بالمبيع الا بأذن البائع ويضمن ما أكله بغير اذنه من ثمرة أو ما أتلفه من شجرة

مادة ٤٥٦ منه — لا يجوز للبائع أو المشترى أن يبيع العين المبيعة وفاء لشخص آخر فلو باعها البائع لآخر بيعاً باتاً توقف البيع على اجازة مشتريها وفاء ولو باعها المشترى فللبائع أو ورثته حق استردادها ويكون للمشترى اعادة يده عليها حتى يستوفى دينه

مادة ٤٥٧ منه — اذا قبض المشترى

مادة ٣٣٩ أهلى — تتبع فى النوع الأول من بيع الوفاء الضوابط المختصة برهن العقار أو المنقول وفى النوع الثانى من بيع الوفاء تتبع الضوابط الآتية

مادة ٤٢٢ مختلط — مطابقة لها مع حذف ما فى المادة ابتداء من « وفى النوع الثانى »

مادة ٤٢٣ مختلط — وفى النوع الثانى من بيع الوفاء تتبع الضوابط الآتية وهى : فى حالة الاشتباه يعتبر البيع فى مقام رهن اذا كان الثمن مدفوعاً فوراً أو صارت المقاصة فيه بدين سابق أو اشترط رده مع فوائده أو أبقى الشىء المبيع تحت يد البائع بأى وجه كان

وفى غير ذلك يعتبر البيع بتاً وكل دليل ثبوت مناف لما ذكر يقبل بدون مراعاة لنص المشارطة

مادة ٣٤٠ أهلى — بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشترى على شرط الاسترداد بمعنى أنه اذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشترى وأما اذا صار توفية الشروط المذكورة يعتبر المبيع كأنه لم يخرج من ملكية البائع

المبيع وفاء بعد ما دفع الثمن للبائع وتوافق البائع مع المشترى على أن يرد له المبيع اذا رد له نظير الثمن فى وقت كذا ثم جاء الوقت وامتنع البائع من رد نظير الثمن للمشترى يؤمر البائع ببيع المبيع وقضاء الدين من ثمنه فاذا امتنع باع الحاكم عليه

مادة ٤٥٨ منه — اذا هلك المبيع وفاء وكانت قيمته مساوية للدين المطلوب من البائع سقط الدين فى مقابلته وان كانت قيمته أقل من الدين المطلوب سقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشترى الباقى من البائع

مادة ٤٥٩ منه — اذا هلك المبيع وفاء فى يد المشترى وكانت قيمته زائدة عن مقدار الدين سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشترى الزيادة ان كان هلاك المبيع بتعديه وان كان بدون تعديه فلا تلزمه الزيادة

مادة ٤٦٠ منه — اذا مات أحد المتبايعين وفاء تقوم ورثته مقامه فى أحكام الوفاء

مادة ٤٦١ منه — ليس لسائر الغرماء أن يزاحموا المشترى فى المبيع وفاء حتى يستوفى دينه من المبيع

قانون فرنساوى

مادة ١٦٥٩ منه — بيع الوفاء هو عقد بمقتضاه يحفظ البائع لنفسه الحق فى استرداد المبيع مقابل رد أصل الثمن والمصاريف المذكورة فى مادة ١٦٧٣

مادة ١٦٦٠ منه — لا يجوز اشتراط حق الاسترداد لمدة تزيد عن خمس سنين

فاذا حصل الاشتراط على مدة أزيد من ذلك يصير تنزيلها الى الأجل المذكور

مادة ١٦٦١ منه — الميعاد المحدد محتم ولا يجوز للقاضى اطالته

مادة ١٦٦٢ منه — اذا قصر البائع فى طلب الاسترداد فى الأجل المحدد تبقى الملكية للمشترى بصفة نهائية

مادة ٤٢٤ مختلط – مطابقة لها مع اضافة ما يأتى فى آخر الفقرة الثانية « انما تراعى مع ذلك الضوابط المقررة فى باب التسجيلات بشأن الحقوق المترتبة على العقار لغير المتعاقدين »

مادة ٤٢٥ مختلط – اذا لم يشترط حق الاسترداد فى عقد البيع فمن صار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكاً بالثانى الاَّ من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد

مادة ٣٤١ أهلى – لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاداً يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيله الى خمس سنين

مادة ٤٢٦ مختلط – مطابقة لها مع استبدال كلمتى خمس سنين بكلمة سنتين

مادة ٣٤٢ أهلى – الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق المذكور فى أي حال من الأحوال ولو فى حالة القوة القاهرة

مادة ٤٢٧ مختلط – مطابقة لها

مادة ٤٢٨ مختلط – تطويل الميعاد

مادة ١٦٦٣ منه — يجرى الأجل المحدد قبل أى شخص ولو كان قاصراً وانما للقاصر أن يرجع على المسئول عن ذلك قانوناً

مادة ١٦٦٤ منه — يجوز للبائع وفاء ان يطلب الاسترداد من المشترى الثانى حتى ولو كان حق الاسترداد لم ينص عليه فى العقد الثانى

مادة ١٦٦٥ منه — للمشترى وفاء أن يستعمل جميع الحقوق التى لبائعه ويمتلك العين بمضى المدة قبل المالك الحقيق وقبل أى شخص يتمسك بحق عينى أو رهن المبيع

مادة ١٦٦٦ منه — وله ان يتمسك قبل دائنى البائع باستيفاء ديونهم من أملاك البائع أولاً

مادة ١٦٦٧ منه — اذا اشترى شخص شراء وفاء جزءا مشاعاً من ملك ثم اضطر لأخذ الباقى بالمزاد بناء على طلب بيعه لعدم امكان قسمته جاز له ان يلزم البائع باسترداد العين بتمامها اذا أراد استعمال حقه المشروط له فى الاسترداد

مادة ١٦٦٨ منه — اذا باع عدة أشخاص معاً وبعقد واحد ملكاً مشتركاً بينهم فلا يجوز لكل واحد منهم أن يطلب الاسترداد الا فى حصته

مادة ١٦٦٩ منه — ومثل ذلك فى الحكم ما اذا باع شخص واحد ملكاً له ثم ترك عدة من الورثة

فلا يجوز لكل واحد من هؤلاء الورثة أن يستعمل حقه فى الاسترداد الا بقدر حصته فى الميراث

مادة ١٦٧٠ منه — فى الأحوال المذكورة فى المادتين السابقتين يجوز للمشترى ان يطلب ادخال جميع البائعين أو جميع الورثة فى الدعوى ليتفق معهم على استرداد العين بأكلها فاذا لم يتفقوا قضى برفض طلب الاسترداد

مادة ١٦٧١ منه — اذا بيع الملك الموروث لجملة أشخاص منهم لا على سبيل الانضمام فى الاعيان جميعها وانما باع كل منهم حصته على حدتها جاز لكل واحد أن يطلب الاسترداد

المتفق عليه يقوم مقام بيع من المشترى للبائع الأصلى معلق على شرط إذ يعتبر المشترى المذكور مالكاً للمبيع ملكاً تاماً من يوم البيع الأول الى تطويل الميعاد

مادة ٣٤٣ أهلى — يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقـــال

مادة ٤٢٩ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٤٤ أهلى — لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع الاّ اذا عرض على المشترى فى الميعاد المعين أن يؤدى له على الفور الأشياء الآتى بيانها

أولاً — أصل الثمن

ثانياً — المصاريف المترتبة على البيع والتى تترتب على استرداد المبيع

ثالثاً — المصاريف اللازمة التى صرفها المشترى غير ما صرفه لصيانة المبيع ثم يؤدى أيضاً ما زاد فى قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التى صرفها المشترى بشرط أن لا تكون فاحشة

مادة ٤٣٠ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٤٥ أهلى — عند رجوع المبيع

منفرداً فى حصته وليس للمشترى أن يجبره فى هذه الحالة على أخذ العين تماما

مادة ١٦٧٢ منـه — اذا ترك المشترى عدة ورثة فلا يجوز طلب الاسترداد من كل واحد منهم الا عن حصته فى العين المبيعة سواء كانت باقية على المشاع أو قسمت بينهم

فان كانت التركة قسمت بين الورثة ووقعت العين المبيعة بيع وفاء فى حصة أحدهم خاصة جاز طلب الاسترداد عن العين المبيعة بأكلها منه

مادة ١٦٧٣ منه — يجب على البائع الذى يطلب الاسترداد أن يدفع للمشترى أصل الثمن والمصاريف التى ترتبت على البيع ومصاريف الاصلاحات الضرورية أو التى زادت فى قيمة المبيع بمقدار الزيادة المذكورة . ولايجوزله أن يستولى على المبيع الا بعد القيام بدفع ذلك كله

اذا عاد المبيع بيع وفاء لبـائع بناء على استرداده أخذه سالماً من كل حق ورهن وضعه عليه المشترى انما يلتزم بتنفيذ الايجارات التى يكون أجرها المشترى بدون غش

بيع وفاء الى البائع بأخذه خالياً عن كل حق ورهن وضعه عليه المشترى انما يلتزم البائع بتنفيذ الايجارات التى أجرها ذلك المشترى بدون غش بشرط أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين

مادة ٤٣١ مختلط — مطابقة لها

مادة ٣٤٦ أهلى — الاسترداد لا يقع الاّ على نفس المبيع سواء كان المبيع ملكا كاملاً أو مشاعاً أو مقسوماً الى حصص الاّ اذا كانت دعوى الاسترداد مقامة على ورثة المشترى بالنسبة للحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التى يملكها كل منهم

مادة ٤٣٢ مختلط — مطابقة لها مع اضافة «لا أقل منه ولا أزيد عنه» بين « نفس المبيع وسواء كان المبيع »

مادة ٣٤٧ أهلى — اذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد طلب هـذا المالك مقاسمته فللمشترى المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخـذ العين بتمامها

مادة ٤٣٢ مختلط — مطابقة لها

عموميات

١٧٤٢ — بعد أن فرغ القانون من الكلام على واجبات المتعاقدين و بيان الأحكام المترتبة عليها انتقل للكلام على سبب خاص لجواز فسخ البيع دون سواه من سائر العقود وهو اشتراط استرداد المبيع فى ميعاد معين فى البيع المسمى بيع وفاء صفة بيع الوفاء

١٧٤٣ — فمن المعلوم ان البيع كسائر العقود يجوز ابطاله أو فسخه لسبب من الاسباب التى يبنى عليها ابطال العقود كالتدليس أو الاكراه أو الغلط . أو فسخها كالشروط الفاسخة صراحة أو تقديراً . ولكن شرط الاسترداد هو سبب خاص لفسخ بيع الوفاء ولا يشاركه فى هذا السبب عقد آخر

١٧٤٤ — وليلاحظ ان استرداد المبيع وفاء يعد فسخاً للبيع لا ابطالاً له . ومزية هذه الملاحظة تظهر فى الفرق بين أحكام الفسخ والبطلان وهو كبير

فالبطلان ينشأ عن عيب فى الانعقاد كاكراه أو غلط أو تدليس . أما الفسخ فيرد على العقد بعد انعقاده صحيحاً لتعليق التعهد على شرط فاسخ (صريح أو ضمنى) فاذا تمَّ الشرط عادت الأشياء الى الحالة التى كانت عليها قبل التعاقد واعتبر العقد كأن لم يكن

والبطلان يزول بالاجازة الصريحة أو الضمنية أما الفسخ فلا تلحقه الاجازة . وفى الواقع هما لا يشتركان الاَّ فى إزالة ما ترتب على العقد من الأثر سابقاً ولاحقاً

١٧٤٥ — حرمت الشرائع الالهية الربا وحرمه تبعاً لذلك فى سالف الزمن بعض الشرائع الوضعية كالقانون الفرنسى القديم ولكن تلك الشرائع الوضعية ما لبثت ان أحلته نشأته

و بينما كان الربا محرماً نشأ عن كثرة التعامل زيادة الاضطرار لاقتراض المال فأصبح رب المال لا يرضى أن يقرض ماله بلا نفع يعود عليه مقابل حرمانه من ماله الذى سينتفع به غيره والمقترض لا يميل أن يبيع شيئاً مما ملكت يده كلما أعوزته الحاجة للاقتراض والرهن لا يفى بهذه الأغراض إذ القانون يقضى باستنزال غلة العين

المرهونة من أصل الفوائد ورأس المال ويحرم امتلاك العين عنـد عدم الوفاء فيضطر الدائن كلما امتنع مدين من الوفاء أن يتخذ اجرا آت طويلة لبيع المرهون والحصول على دينه وقد لا يحصل عليه بأكمله لذلك احتال الناس على ايجاد وسيلة لانتزاع الملك من مالكه نهائياً اذا أراد الاقتراض ولم يقدر على السداد ولا يحرم المقرض من ثمرة ماله الذى يريد الانتفاع به فاهتدوا من طريق رهن الاستغلال الى بيع الوفاء فيأخذ الدائن العين ليستغلها وينتفع بها مقابل حرمانه من الدين الذى يدفعه بصفة ثمن للمدين وهذا ينتفع بالدين سداً لحاجته ومتى قدر على الوفاء رد الدين واسترد ملكه

والواقع أنه كان الغرض من البيع الوفائى فى فرنسا الفرار من أحكام رهن الاستغلال (*Antichrèse*) فان القانون يحرم ملك المرهون عند عدم الوفاء ويقضى بخصم الغلة من الفوائد ورأس المال فكان المتعاقدان يستران غرضهما من الرهن بستار البيع. يذكران ألفاظ البيع ويريدان الرهن فيصورانه فى صورة الأول ثم يترك المرتهن الشىء المرهون تحت يد الراهن بصفة اجارة لتكون قيمتها فى مقابل الفوائد. والراهن يشترط ان له حق استرداد المبيع. والثمن دون ثمن المثل بكثير. وتلك علامات لا تفيد البيع البات المنجز وعلى الأخص اذا كان المقرض من المرابين ولذلك كان العقد الحاصل بهذه الكيفية يعرف بالعقد المخفى للربا (*Contrat pignoratif*). وقد كان هذا الشرط معتبراً باطلاً متى تبين أن الغرض منه مخالفة أحكام المادة ٢٠٨٨ فرنساوي (٥٤٣ أهلى) التى تبطل أى اشتراط يفيد أمتلاك العين المرهونة

وما برح القضـاة فى فرنسا يفرقون بين بيع الوفاء الحقيقى و بيع الوفاء الصورى وعمادهم فى التفريق تلك العلامات التى أشرنا اليها وغيرها من الدلائل التى تدل عليها ظروف كل قضية لأن للقضاة الحق المطلق فى تقدير العقد إن كان بيع وفاء حقيقى أو بيع وفاء صورى يقصد به اخفاء الربا — راجع حكم نقض فرنسا فى ١٤ يناير سنة ١٨٧٣ دالوز سنة ٧٧ ص ١٨٢ وتقرير المستشار جيلما الوارد بتعليقات هذا الحكم - دائرة معارف لاروس والباندكت فقرة ٢٧٥ ج ٥٩

١٧٤٦ — و بيع الوفاء كان معروفاً عند الرومانيين ولكن أحكامه كانت تختلف عن أحكام بيع الوفاء المقرر الآن فقد كان المشترى يعد مالكاً ملكاً تاماً وللبائع فقط مجرد حق إلزامه بأنه يبيع له المبيع ثانياً شريعة رومانية

أما بيع الوفاء الذى قرره القانون فيجعل المشترى مالكاً ملكاً معلقاً على شرط فاسخ فاذا فسخه البائع عاد اليه المبيع بغير احتياج لعقد جديد

١٧٤٧ — وعلة اجازة البيع الوفائى فى الشريعة الاسلامية هو التخلص من الربا فقد اضطر الناس للتعامل به وفشا أمره بينهم فأجازه الفقهاء لحاجتهم اليه أولى من اضطرارهم للبيع البات — مستفاد من ابن عابدين ص ٢٥٨ ج ٤ شريعة اسلامية

فان المرتهن بحسب الشريعة الإسلامية لا يجوز له أن ينتفع بالرهن الا بأذن الراهن فى رواية وقد لا يأذن وفى رواية أخرى لا يجوز الانتفاع حتى مع الإذن لأن النفع ربا اذ الدائن سيستوفي دينه كاملاً والمنفعة فضل

أما حكم بيع الوفاء عند الفقهاء فمختلف فيه . قال بعضهم يعتبر رهناً ويأخذ حكم الرهن فى جميع الأحوال فلا يملك المشتري المبيع ولا ينتفع به الا باذن مالكه ويضمن ما اكل من ثمره واتلف من شجره ويكون للبائع استرداده متى قضى دينه

وقال البعض الآخر انه بيع صحيح مفيد لبعض أحكامه دون البعض فيحل للمشترى الانتفاع به ولكنه لا يملك بيعه . والظاهر أنه على هذا الرأى اعتمد الدائنون الذين لا يريدون اقراض مالهم بغير نفع فيدفعون الدين بصفة ثمن للمبيع ويأخذون المبيع فيستغلونه مقابل الربح قال تعالى (وأحلَّ الله البيع وحرم الربا)

أما القول الأول القاضى باعتبار بيع الوفاء رهناً فمانع من الانتفاع بالمرهون الا باذن المدين وقد لا يأذن وحتى فى حالة الإذن ذهب بعضهم الى أن الانتفاع به يعدُّ ربا لأن الدائن سيستوفى دينه كاملاً فالمنفعة فضل والفضل ربا والإذن لا يحلله

١٧٤٨ — ولما كان المقصود ببيع الوفاء الحيلة على التخلص من الربا لا البيع الحقيقى وكان يقتصر بعض المتعاقدين على ذكر لفظ البيع دون اشتراط الوفاء فى نفس العقد

ثم يتعهد المشترى بعد ذلك الى البائع بالوفاء بشرط لاحق كان لا بدّ من التمييز بين البيع الذى يعتبر فى هذه الحالة باتاً و بين البيع الذى يعتبر رهناً

و يستخلص من أقوال الفقهاء انهم كانوا يعتبرون البيع باتاً اذا كان الثمن ثمن المثل أو فيه غبن يسير ويعتبرونه رهناً اذا كان فيه غبن فاحش يعلم به البائع أو وضع على أصل المال ربح أو أجره المشتري الى البائع وذلك لأنه يجعل رهناً بظاهر حاله إذ البائع لا يقصد البيع البات وهو عالم بالنقص الفاحش فى الثمن أو مع وضع الربح أو الإقدام على الاستئجار بل هذه دلائل على قصد الوفاء

تلك أسبابه وأحكامه فى الشريعة الاسلامية والفرنسية وتكاد تقترب من بعضها

تعريفه. ١٧٤٩ — أما تعريفه الاصطلاحى فقد أشارت اليه المادة ٣٣٨ فقرة ثانية مدنى وهو «البيع الذى يشترط فيه البائع استرداد المبيع اذا أدى الثمن والمصاريف القانونية فى ميعاد معين» . مثال ذلك باع زيد فداناً لبكر بمبلغ مائة جنيه واشترط فى العقد أن له حق الاسترداد اذا دفع الثمن والمصاريف فى ظرف خمس سنين من تاريخ البيع .

فبيع الوفاء بيع معلق على شرط فاسخ(١) وهو الاسترداد مقابل اداء الثمن. فاذا تم الشرط واستطاع البائع الوفاء بالثمن والمصاريف فسخ البيع واعتبر كأن لم يكن وكأن المبيع لم يخرج من ملك البائع مطلقاً والمشتري لم يشترِ مطلقاً — ١٠٥ و ٣٤٠ مدنى

أما اذا لم يتم الشرط لأن البائع لم يستطع القيام بدفع الثمن والمصاريف ولم يطلب الاسترداد حتى انقضى الميعاد ترتب على ذلك تأييد البيع وأصبح المشترى مالكاً بصفة نهائية للمبيع — مادة ١٠٣ و ٣٤٠ فقرة أولى

و بعبارة أخرى يعتبر المشترى فى الحالة الأولى كأ نه لم يملك العين المبيعة مطلقاً وان البائع كان دائماً مالكاً لها ولهذا يستحسن بعضهم تسميته بالبيع المسترد أو البيع المعاد لأن الحاصل ان البائع يسترد المبيع فيهدم العقد الأول لا أن يقع بينهما بيع جديد

(١) وهذا الشرط وان كان متعلقاً بارادة البائع ولكنه لا يتعلق بارادته المطلقة. فيكون باطلاً لأنه لا يتعلق بالبائع وحده بصفة مطلقة أن يجد المبالغ التى يريدها فى الوقت المناسب (لوران جزء ثان ص ٣٧٩ وجويلوار ثان ص ٦٤٤ والباندكت فقرة ٢٧٢٣)

أما تعريفه اللغوى فمأخوذ عن الفقهاء ووجه تسميتهم له بيع وفاء ان فيه عهداً بالوفاء من المشترى بأن يرد المبيع على البائع حين يرد اليه الثمن

وقد اختار واضع القانون هذه التسمية وهى الشائعة والمعروفة الآن عند الناس وان كان لهذا البيع مسميات أخرى . فقد كان يسمى بمصر بيع الامانة لأن المبيع يكون أمانة عند المشترى بناءً على اعتباره رهناً والرهن يكون أمانة . وفى الشام يسمى بيع الطاعة . و بعضهم يسميه البيع الجائز لأن الفقهاء أجازوه لحاجة التخلص من الربا كما أجازوا للمشترى اكل ريعه

وبعضهم يسميه بيع المعاملة ووجهه ان المعاملة ربح الدين فيشترى الدائن المبيع لينتفع به فى مقابل دينه —ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥٧

١٧٥٠ — بان مما تقدم ان بيع الوفاء طريق من طرق التأمين للاستدانة . فمثله من هذه الوجهة مثل الرهن يضعه المدين فى حيازة الدائن تأميناً لأداء الدين . ولكنه يمتاز عن الرهن الحيازى أو العقارى بجواز الانتفاع بغلته مقابل فوائد الثمن وفى ذلك تخلص من الإقراض أو الاقتراض بفائدة لمن حرم الربا . ويمتاز عن البيع البات بإمكان الاحتفاظ بالمبيع ان كان عزيزاً لدى صاحبه — فائدته وضرره

ومن مزاياه أيضاً إمكان الحصول على مبلغ أكبر مما يدفعه الدائن عادة فى حالة الرهن لأن الدائن يملك العين نهائياً اذا لم يؤد له دينه والمصاريف القانونية فى الميعاد المحدد أما الرهن فيستدعى اجراآت قانونية للحصول على الدين عند عدم الوفاء فيستنزل الدائن قيمتها

أما أوجه ضرره فهى : ١ — ان الدائن يتملك العين بمجرد انقضاء الميعاد المحدد بثمن أقل على كل حال من الثمن الذى يباع به الشىء عادة بيعاً باتاً . ولهذا يفضل المرابون بيع الوفاء على الرهن لأنهم متوقعون أنه قلما تنفرج أزمة مدين ويؤدى دينه فى الميعاد المضروب وبذلك يتملكون مابيع لهم بهذه الصفة على أهون سبيل وبثمن قليل

٢ — كثيراً ما يكون قصد الدائن به الفرار من أحكام المادة ٥٤٣ مدنى

القاضية بعدم جواز الاشتراط على كون الشيء المرهون يصير مملوكاً للدائن عند عدم الوفاء خصوصاً اذا كان الدائن مرابياً

٣ — ان منفعة العين قد تزيد على فوائد المبلغ لو أقرض قرضاً بسيطاً لأن أكبر فائدة يجوز الاتفاق عليها قانوناً هى ٩ فى المائة سنوياً وقد يزيد ريع العين المبيعة وفاء على ذلك كثيراً وهو أمر مضر من الوجهة الاقتصادية بالمدينين

٤ — أصبح بيع الوفاء من الوسائل التى يحتال بهـا الدائنون على التخلص من أحكام قانون الخمسة الأفدنة فأمسى على عاتق القضاة أن يتبينوا الغرض الحقيقى من هذا البيع أهو رهن أم بيع وفاء صحيح . فاذا رأوه رهناً أجروا فيـه حكم الرهن وقضوا بعدم جواز الحجز فى الأحوال التى لا يجوز فيها رادّين على المحتال قصده إذ العبرة بالمقاصد لا بالألفاظ — راجع فى هذا الصدد مقالة الاستاذ بلانشار فى مجلة مصر الحاضرة ص ١٥ عدد مايو سنة ١٩١٣

الفرق بين بيع الوفاء والرهن

١٧٥١ — وقد كان بيع الوفاء طريق الاستدانة الذى يلجأ اليه الدائنون كثيراً قبل انشاء المحاكم النظامية وإدخال نظام « الرهن العقارى » فى قوانينهـا ثم قلت الرغبة فيه الاَّ عند صغار الدائنين

أما أوجه الفرق بينه و بين الرهن العقارى فهى

أولاً — ان الرهن العقارى لا يتناول غير العقار . أما بيع الوفاء فيجوز فى المنقول وفى العقار

ثانياً — لا يصح رهن العقار الاَّ بعقد رسمى تؤخذ عليه رسوم . أما بيع الوفاء فيجوز بعقد رسمى أو عرفى

ثالثاً — فى حالة بيع الوفاء يأخذ المدين فى العادة مبلغاً أزيد مما يأخذ لو رهن العين رهناً عقارياً لأن الدائن يراعى فى تقدير القيمة ما يستلزمه التنفيذ الجبرى من المصاريف فى حالة الرهن . أما المشترى وفاء فيملك العين بمجرد انقضاء الميعاد اذا لم يستردّ المدين المبيع وكثيراً ما تعيقه العوائق ويخيب أمله . ولهذا طعن كثيرون فى مشروعية بيع الوفاء وقالوا ان فيه خطراً على الملاك

أما الفقهاء فلا يجيزون للدائن امتلاك المبيع وفاء مطلقاً بل جعلوا العقد مشتركاً بين البيع الصحيح والرهن فيجوز الانتفاع به كما ينتفع بالمبيع ولا يجوز امتلاكه كما لا يمتلك المرهون . وهذا الرأى وان كان دافعاً لخطر ذوى الملك لكنه لا يجعل فرقاً فى القانون بين بيع الوفاء والرهن أو الغاروقة

ولما كانت أحكام الشريعة هى السارية قبل اصدار القانون وكانت لا تعرف البيع الوفائى بغير هذه الأحكام وكان للبيع الوفائى بنظامه فى القانون الفرنساوى أحكام أخرى ومزايا يمتاز بها عن الرهن أقرّ القانون المصرى التفرقة بين بيع الوفاء الذى يعتبر رهناً و بيع الوفاء الحقيقى خصوصاً وان ذلك لا يخالف المبدأ الذى جرى عليه القضاء الفرنسى فانه ما برح يميز بين بيع الوفاء الحقيقى والصورى كما قدمنا — « راجع حكم محكمة النقض ١٤ يناير سنة ١٨٧٣ سنة ٧٣ ص ١٨٣ وفقرة ١٧٤٥ فيما تقدم »

وعلى هذا قررت المادة ٣٣٨ أهلى (٤٢١ مختلط) بأن بيع الوفاء ينقسم الى نوعين وسنسمى النوع الأول بيع الوفاء الصورى والنوع الثانى بيع الوفاء الحقيقى ونتكلم على حكم كل منهما على انفراده

الفرع الأول — بيع الوفاء الصورى

١٧٥٢ — بيع الوفاء الصورى هو أن يجعل العقار أو الشىء المبيع وفاء رهناً للمشترى لسداد الدين الذى على البائع . فالبائع هنا فى الحقيقة مجرد معير قدّم العين التى أعارها رهناً تأميناً لدينه والمشترى مستعير مرتهن ولذلك تسرى عليه أحكام الرهن سواء بسواء (٣٣٩ أهلى و ٤٢٢ مختلط) تعريفه

ويترتب على ذلك أنه : مايترتب عليه

١ — اذا لم يطلب البائع الاسترداد في الميعاد المقرر فلا يصير المبيع مملوكاً للدائن وانما يكون له فقط حق طلب بيعه بالكيفية الجائزة لسائر الدائنين — مادة ٥٤٣ أهلى

٢ — اذا تبين للقاضى أن الفوائد تزيد عن الحد الجائز الاتفاق عليه قانوناً وهو تسعة فى المائة حكم بانقاصها

٣ – تستنزل الغلة من الدين المؤمن بالرهن بحيث أنها تستنزل أولاً من الفوائد والمصاريف ثم من أصل الدين – ٥٤٠ أهلى

٤ – لا يجوز للمشترى أن يتصرف فى المبيع أو يرتب عليه حقوقاً للغير لأنه باق على ملك الراهن

٥ – يبطل الرهن بالنسبة للغير اذا رجع لحيازة الراهن أو بقى فيها (مادة ٥٤١) بعكس حالة بيع الوفاء الحقيقى فتسليم المبيع للمشترى غير مشروط لصحته – استئناف طنطا ٢٧ مارس سنة ٩٩ القضاء سنة سادسة

الفرق بين بيع الوفاء الحقيقى والصورى

١٧٥٣ – أما بيع الوفاء الحقيقى فقد نقل الشارع أحكامه عن القانون الفرنسى وهناك فروق أخرى بين بيع الوفاء الحقيقى و بيع الوفاء الصورى المعتبر رهناً وهى:

١ – انه فى حالة بيع الوفاء الصورى يكون البائع مديناً والمشترى دائناً ومن المعلوم أن للدائن حقاً على جميع أموال مدينه المضمون منها برهن والغير المضمون وعلى ذلك يجوز للمشترى بصفته دائناً أن ينفذ على باقى أموال البائع الزائدة عن الشىء المرهون

أما فى حالة بيع الوفاء الحقيقى فالبائع لا يعد مديناً بالثمن بل له مجرد حق الاسترداد اذا دفع الثمن والمصاريف فى الميعاد المتفق عليـــه . فالدفع موكول لارادته واختياره ان شاء دفع وان شاء سكت وليس للمشترى الزامه بأن يرد له الثمن ويسترد العين لأى سبب كان ولو نقصت قيمتها وليس له مطالبة البائع بالفرق ولا التنفيذ به على باقى أملاكه

٢ – فى حالة بيع الوفاء الصورى يكون هلاك المبيع وفاء على المدين لأنه المالك للشىء المرهون ولا يبرأ من الدين اذا هلكت العين

أما فى البيع الوفائى الحقيقى فالهلاك على المشترى لأنه معتبر مالكاً من تاريخ العقد بشرط فاسخ (مادة ٣٤٠) . فاذا هلكت العين سقط الدين

٣ – فى حالة بيع الوفاء الصورى لا يجوز الحجز اذا توفرت أحكام قانون الخمسة الأفدنة

٤ — سقوط الحق فى الاسترداد لفوات ميعاده لا يسرى الاَّ فى حالة بيع الوفاء الصحيح لا فى حالة ما اذا كان البيع ساتراً لرهن (أى بيع الوفاء الصورى) —
« محكمة مختلطة ١١ يونيه ١٨٩٠ س ٢ ص ٣١٨ فقرة ٤٧٥٠ مجموعة أولى »

متى يعتبر بيع الوفاء رهنا

١٧٥٤ — متى تبين أن هنـــاك فوارق بين بيع الوفاء والرهن فالواجب البحث اذن فى الأحوال التى يعتبر فيها بيع الوفاء رهناً والأحوال التى يعتبر فيها بيعاًحقيقياً ؟

سكت القانون الأهلى ونص القانون المختلط فى المادة ٤٢٣ منه على أنه فى حالة الشك تكون القرينة ان بيع الوفاء يعتبر رهناً فى الأحوال الثلاثة الآتية :

أولاً — اذا دفع الثمن نقداً (أى فى الحال) اوكان على سبيل المقاصة لدين سابق . فقد اعتبر القانون فى هذه الحالة ان الغرض هو الاقتراض لا البيع لاضطرار البائع وفاء لنقود او لسداد دينه تخلصاً من الاجراءات القانونية التى قد يتخذها الدائن ضده

ثانياً — اذا اشترط اداء الثمن مع فوائده عند الاسترداد فذلك دليل على أن الثمن كان مجرد قرض والعين جعلت تأميناً للسداد

ثالثاً — اذا بقيت العين فى حيازة البائع لأى سبب كان كالاجارة لأن ترك العين تحت يد البائع دليل الرهن اذ لو كان المقصود الشراء وفاء أى الذى ينتهى بالملك التام اذا انقضى الميعاد ولم يسترد المبيع لطلب المشترى استلام المبيع لاستغلاله بنفسه أو بواسطة شخص أجنبى حتى يستمر الاستغلال لمنفعته وذمته

وفيما عدا هذه الأحوال يعتبر العقد بيع وفاء ولكن يجوز اثبات عكس ذلك بجميع الطرق بغير مراعاة الألفاظ المدونة فى العقد (مادة ٤٢٣ مختلط)

١٧٥٥ — أغفل واضع القانون الأهلى هذا النص وحسناً فعل فحكم هذه المادة مضطرب غير متماسك فبينا يذكر الشارع فى صدر المادة قرائن يظنها كافلة لكشف الحقيقة اذ يأتى فى عجزها وينقض ما بناه باجازة اثبات العكس بجميع الطرق ولو بقرائن أخرى بغير مراعاة للألفاظ المدونة فى العقد فكأنه رجع للقاعدة العامة القاضية بتفسير المشارطات بحسب الغرض الذى يظهر ان المتعاقدين قصداه وبمراعاة نوع العقد

والعرف الجارى مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها (مادة ١٣٨ و ١٩٩) وبعبارة أخرى تكون العبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى

ولهذا أطلقت المحاكم المختلطة لنفسها الحرية فى التقـدير وحكمت بأنه لا يمكن اعتبار العقد الموصوف بيع وفاء رهناً لمجرد دفع الثمن نقداً اذا لم توجد ظروف أخرى كما ان قصد الرهن لا يستنتج من مجرد حصول اتفاق مع غير المشترى وفاء بعد انقضاء ميعاد الاسترداد — حكم ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ س ١٥ ص ٢٠٩ فقرة ٤٥٠٠ مجموعة ثانية

وحكمت بأن لها حق تقدير العقد لمعرفة ما اذا كان يعد بيع وفاء حقيقى أو عقد قرض بربا — مختلط مارس سنة ١٨٩٦ س ١١ ص ٧٤ بورللى مادة ١٤٢١

وهذا هو المبدأ الجارى فى فرنسا — راجع حكم محكمـة نقض فرنسا فى ١٤ يناير سنة ١٨٧٣ داللوز س ٧٣ ص ١٨٥ .

ترك القانون الأهلى للقاضى حرية التقدير فوجب عليه أن يراعى ظروف كل عقد وأحواله فليس من البعيد أن يحتال المتعاقدون على اخفاء هذه القرائن فى العقود فيزيدون المبلغ المقرض بما يقابل أرباحه ولا يذكرون أخذ ربح . أو يذكرون انهم أخذوا المبلغ أقساطاً ويكونون أخذوه دفعة واحدة

وليس هناك ما يمنع القضاة من الاسترشاد بالقرائن التى أشار اليها القانون المختلط خصوصاً وأنها لا تختلف عما أورده الشرعيون فى كتب الفقه ولا ما اتبعه الفرنساويون فى قضائهم وانما له الحرية التامة فى الاعتماد على غيرها فى الاستنتاج

١٧٥٦ — وعلى هذا جرى القضاء الأهلى فقد حكم بأن عقد بيع عقار بيعاً وفائياً يجب اعتباره عقد قرض برهن متى أخذ من ظروف العقد ان المتعاقدين انما كان غرضهم تأمين سداد الدين ويكون ذلك فى الأحوال الآتية

أولاً — متى كان الثمن غير متناسب مع قيمة الشىء المبيع

ثانياً — متى كان المشترى لم يضع يده على هذا الشىء

ثالثاً – متى كان المشترى أجر هذا الشيء للمشترى بأجر عال

رابعاً – متى كان مشترطاً عدم ضياع الحق فى استرجاع الشيء الاّ عند عدم الوفاء بالايجار – محكمة جرجا الجزئية ١٦ يوليه سنة ١٩٠٤ ص ٤٦ مجموعة رسمية

١٧٥٧ – وحكم بأنه اذا اتضح من عبارات العقد ما يوجب الشك فى قصد المتعاقدين من جهة اعتباره عقد رهن أو بيع وفائى تعين تأويل العقـد على الوجه الأخف ضرراً بالمدين وهو ارادة الرهن ولو لم يحصل تسليم العين المرهونة للمرتهن « حكم طنطا الاستئنافية ٢٧ مارس سنة ٩٩ القضاء س ٦ »

١٧٥٨ – وحكم بأنه فى حالة الشك يعتبر البيع الوفائى رهناً اذا كان الثمن دفع فوراً او كان المبيع باقياً فى حيازة البائع – محكمة مختلطة ٨ ابريل سنة ١٨٩١ سنة ثالثة ص ٢٨٧ فقرة ٤٧٤٨ و ٤ مايو سنة ١٨٩١سنة ١١ س٢٠٣ فقرة ٤٤٩٦ مجموعة أولى و ٢٤ يناير سنة ٩٠٠ فقرة ٤٤٩٨ و ٢٩ نوفبر سنة ٩٠٠ فقرة ٤٤٩٩ مجموعة ثانية

١٧٥٩ – وحكم بأن عقد بيع الوفاء المشترط فيـه دفع الثمن نقداً مع فوائده وبمقتضاه بقيت العين فى حيازة البائع بسند كالاجارة او بغير سند ليس فى الحقيقة الاّ عقد رهن

١٧٦٠ – وللدائن أن يطلب استلام العين بغير أن يكون للمدين حق التمسك ببطلان الرهن لعدم الحيازة ولأن هذا البطلان لا يصح التمسك به الاّ فى حالة ما اذا سلمت العين للدائن ثم رجعت لحيازة المدين بعد ذلك – محكمة مختلطـة ٦ فبراير سنة ١٨٩٥سنة ٧ ص ١١٤ فقرة ٤٧٤٩ مجموعة أولى

يشير الحكم الى نص المادة ٦٦٣ مختلط (٥٤١ أهلى) القاضية ببطلان الرهن اذا رجع المرهون الى حيازة راهنه

فالظاهر ان أحد الخصوم يتمسك بأن العقد اذا لم يعتبر بيع وفاء فى حالة عدم استلام العين المبيعة لا يصح اعتباره رهناً اذ يشترط فى الرهن الحيـازة والمرتهن لم يستلم العين ليضع يده عليها ففصلت المحكمة فى الأمر بما رأت

١٧٦١ – أما تسليم المبيع فليس بشرط لصحة بيع الوفاء كما يؤخذ من نص المادة

٣٤٠ مدنى وما يليها — حكم طنطا الاستئناف ٢٧ مارس سنة ٩٩ القضاء سنة ٦ على أن الرأى الراجح والواجب الأخذ به ان بطلان الرهن فى حالة عدم الحيازة يكون بالنسبة للغير لا بالنسبة للمتعاقدين

ويرى بعض الشراح اعتبار العقد فى هذه الحالة وعدا برهن لا رهناً تاماً وعلى هذا يكون للمرتهن حق طلب الاستلام ومتى استلم العين تم الرهن لأن المدين لما قبل رهن الشىء الذى صور بصورة بيع وفاء التزم أيضاً بتسليمه ولكن حق الاعتبار الذى للدائن لا يبدأ الاَّ من وقت الاستلام — لبير مذكرة غير مطبوعة

١٧٦٢ — وحكم باعتبار عقد بيع الوفاء رهناً اذا كان مشتملاً على الزام البائع بدفع الثمن بعد الميعاد المحدد واشترط فيه ان استثمار العين بمعرفة المشترى يقوم مقام الفوائد — محكمة مختلطة ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ س ١٧ ص ٣١ فقرة ٤٥٠١ مجموعة ثانية

١٧٦٣ — وحكم بأنه اذا اشترك شخصان فى شراء عقار وكان بعض الثمن مشترطاً دفعه على أقساط فى مواعيد محددة وقبل سداد الأقساط كلها باع أحد الشريكين للآخر حصة شائعة فى مقابل دفع مبلغ من المال عاجلاً ودفع مبلغ آخر على أقساط معينة ولكنه اشترط لنفسه الحق فى استرداد تلك الحصة فى اى وقت ما قبل سداد آخر قسط على أن يرد للمشترى كل الأقساط المدفوعة مع تعويض قدره عشرة جنيهات عن كل فدان فيكون العقد عقد بيع وفائى تسرى عليه احكام القانون الخاصة ببيع الوفاء . وعلى الخصوص القاعدة المنصوص عليها فى المادة ٣٤١ من القانون المدنى من حيث أقصى ميعاد يجوز للبائع ان يشترطه لاسترداد المبيع — محكمة الاستئناف الاهلية ١١ مايو سنة ١٩٠٥ عدد ١١١ مجموعة ص ٢٤٠ س ٦

١٧٦٤ — وبالاختصار يجب أن تفسر المشارطات بحسب المقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى مهما كانت الألفاظ المستعملة (مادة ١٣٨) — راجع حكم المحكمة المختلطة ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٨ س ٢٠ ص ١٠٦ فقرة ٤٥٠٢ مجموعة ثانية وحكم الاستئناف الاهلى السابق ذكره

الفرع الثانى — فى بيع الوفاء الحقيقى

١٧٦٥ — بينا أحكام البيع الصورى والفرق بينهُ و بين بيع الوفاء الحقيقى والأحوال التى يعتبر فيها بيع الوفاء صورياً والتى يعتبر فيها حقيقياً ومذهب المحاكم فى ذلك فلنبين الآن أحكام بيع الوفاء الحقيقى

فبيع الوفاء الحقيقى هو البيع مع اشتراط البائع استرداد المبيع وإعادة الأشياء الى الحالة التى كانت عليها أولاً اذا أحب ذلك — مادة ٣٣٨ فقرة ثانية

وتتبع فى هذا النوع الضوابط التى نص عليها القانون فى المادة ٣٤٠ أهلى وما بعدها فبمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشترى على شرط الاسترداد بمعنى انهُ اذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشترى

وأما اذا صار توفية الشروط المذكورة يعتبر المبيع كأ نهُ لم يخرج من ملكية البائع مادة ٣٤٠ أهلى (٤٢٤ مختلط)

وهذا هو الفارق كما قدمنا بين بيع الوفاء الحقيقى والصورى — انظر فقرة ١٧٥٢ السابقة

المبحث الأول — فى شرط الاسترداد

١٧٦٦ — يجب أن يذكر شرط استرداد المبيع فى نفس عقد بيع الوفاء دلالة على أنه معلق على شرط فاسخ. وقد أشار القانون لذلك بصريح عبارة « مع اشتراط البائع استرداد المبيع » الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٣٨ (٤٢١ مختلط) ضرورة ذكره فى نفس العقد

وحكمة ذلك أن الاتفاق الذى يحصل بعد انعقاد البيع يعد عقداً جديداً يترتب عليه بيع جديد. أما اشتراط الاسترداد فى نفس العقد فمزيل لأحكامه بمجرد اتمام الشرط ويجعل الغير من جهة أخرى على بينة من الشرط الفاسخ فاذا اشترى علم أن حقه معلق على الشرط المذكور فلا يحق له أن يدعى فيما بعد أنهُ خدع

ولهذا نص القانون المختلط فى المادة ٤٢٥ على أنه اذا لم يشترط حق الاسترداد

فى نفس عقد البيع فمن صار له هذا الحق فيما بعد واستعمله لا يعتبر أنه عاد مالكاً للمبيع الآ من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد

فاشتراط الاسترداد بشرط لاحق يعتبر عقداً جديداً معلقاً على شرط موقف ويأخذ حكمه أو يعتبر وعداً ببيع جديد ويأخذ حكمه ولا يحتج به على الغير الآ من تاريخ تسجيله

أما فى الشريعة الاسلامية فاشتراط الوفاء بعد العقد يلحق بالعقد (ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥٨) فيعتبر بيع الوفاء كأنه مشروط فى العقد وفى الواقع لا فائدة من التفريق عندهم لأن المشترى لا يملك العين مطلقاً وما دام لا يملكها فلا يجوز له ترتيب حقوق عينية عليها يخشى من المساس بها

١٧٦٧ — وشرط الاسترداد جائز فى المقايضة كما هو جائز فى البيع وذلك لأن المادة ٣٦٠ أهلى قضت باتباع القواعد الأخرى المختصة بالبيع فى المقايضة — قارن الباندكت فقرة ٢٧٣٢ بيع ج ٥٩ وجويلوار جزء ثان ص ٦٥٠

١٧٦٨ — أما اذا شرط هذا الشرط فى عقد آخر غير البيع أو المقايضة فلا تسرى عليه أحكام هذا الباب بل تسرى عليه القواعد العامة . ولما كان بيع الوفاء لم يخرج عن كونه بيعاً وجب ان تتوفر فيه أركان البيع من رضاء وسبب مشروع وأهلية ومحل للمبيع

المبحث الثانى — فى مدة الاسترداد

١٧٦٩ — كان القانون الفرنساوى القديم يجيز الاسترداد لمدة ٣٠ سنة وهى المدة المحددة لسقوط الحق عند الفرنساويين . رأى الشارع أن هذا الأجل طويل وأن المصلحة العامة تقضى بتقصيره حتى لا تبقى الملكية مزعزعة أمداً طويلاً فقصرها على خمس سنين وعنه نقل القانون الأهلى المدة التى حددها للاسترداد فقضت المادة ٣٤١ أهلى بأنه لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاداً يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع . وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيله الى خمس سنين . أما القانون المختلط فجعلها سنتين فقط — ٤٢٦ منه

١٧٧٠ — ويستفاد من نص المادة ٣٤١ أن المتعاقدين أن يشترطا مدة أقل من المدة القانونية ولكن ليس لهما أن يزيدا عليها . واذا شرطا مدة زائدة فلا يكون العقد باطلاً وانما يصير تنزيل المدة فيه الى خمس سنين — انظر نص المادة

١٧٧١ — ولكن هل تجوز اطالة المدة بشرط لاحق حتى تبلغ الحد الأقصى (خمس سنين أو سنتان) اذا كانت فى الأصل أقل من ذلك ؟

لا تمنع المبادئ العامة من جواز ذلك واعتبار هذا الشرط وعدا ببيع جديد اذ لا حرج فى اعتبار المشترى وفاء مشترياً يعد بأن يبيع العين لنفس البائع له . فاذا كان الميعاد المتفق عليه للاسترداد ثلاث سنين ثم شرط المتعاقدان اطالته سنتين تكملة للخمسة كان هذا الشرط وعداً ببيع جديد بنفس شروط بيع الوفاء الاولى ولا ينتج مفعوله الا بعد انقضاء الثلاث سنين . فاذا استرد البائع العين فى السنة الخامسة عادت اليه مشغولة بالحقوق العينية المترتبة عليها فى خلال الثلاث سنين الأولى — « مذكرات المسيو لمبير »

أما القانون المختلط فأجاز فى المادة ٤٢٨ اطالة الميعاد المتفق عليه واعتبره بيعاً جديداً من المشترى الى البائع الأصلى ولكنه بيع معلق على شرط بمعنى أن يعتبر المشترى مالكاً للمبيع ملكاً تاماً من يوم البيع الأول الى يوم اطالة الميعاد

وهذا استثناء من القاعدة الواردة فى المادة ٤٢٦ منه . فاذا شرط المتعاقدان تجديده بعد سنة سقط حق الاسترداد واعتبر البيع فى السنة الأولى تاماً والاتفاق على الاطالة بيع جديد معلق على شرط

١٧٧٢ — اذا لم يعين المتعاقدان مدة للاسترداد فى العقد اعتبرت المدة القانونية وهى خمس سنين (فى المختلط سنتان) اذ يحمل السكوت على رغبة المتعاقدين فى اختيار المدة القانونية . وفى الواقع كل تحديد لها غير هذا يكون ترجيحاً بلا مرجح

وبهذا المعنى حكمت محكمة الاستئناف الأهلية فى ١١ مايو سنة ١٩٠٥ مجموعة رسمية س ٦ ص ٢٤٠ عدد ١١١

١٧٧٣ — وتبتدئ مدة الاسترداد من «تاريخ البيع» (مادة ٣٤١ أهلى ٤٢٦ مختلط) وعلى هذا لا يجوز احتسابهـا من تاريخ التسليم أو تاريخ دفع الثمن بل تحتسب من تاريخ العقد

على أن للمتعاقدين الاتفاق على جعلها تسرى من تاريخ التسليم أو تاريخ دفع الثمن بشرط أن لا يكون الغرض من ذلك التحايل على جعل المدة تتجاوز الخمس سنين المقررة قانوناً

١٧٧٤ — اذا علق نفس بيع الوفاء على شرط موقف فلا تبدأ مدة الاسترداد الاَّ من تاريخ وقوع الشرط الموقوف لأن الملكية لا تنتقـل من البائع الى المشترى والثمن لا يستحق الدفع الاَّ من التاريخ المذكور فوجب ان الاسترداد لا يبدأ ميعاده الاَّ منه أيضاً

١٧٧٥ — وتحسب مدة الاسترداد بحسب القواعد العامة فلا يحسب اليوم الذى وقع فيه البيع وانما يحسب اليوم الأخير غير أنه لما كان الاسترداد يجب أن يحصل قبل انقضاء الميعاد لا فى اليوم التالى وجب أن يحصل الاسترداد فى آخر يوم . وعلى ذلك اذا كان بيع الوفاء لمدة خمس سنين من أول مايو سنة ١٩١٥ فيكون انقضاء المدة فى أول مايو سنة ١٩٢٠ — بودرى ص ٦٤٥ والباندكت فقرة ٢٧٨٦ بيع ج ٥٩

١٧٧٦ — ولا يجوز طلب الاسترداد بعد انقضاء المدة ولو كان آخر يوم الميعاد المضروب له يوم عيد لأن الأمر هنا لا يتعلق باجراآت خاصة بقانون المرافعات وانما يتعلق بوقوع شرط يجب أن يحصل طبقاً لمـا اتفق عليه المتعاقدان — بودرى ص ٦٤٥ فقرة ٦١١

١٧٧٧ — ولما كان اشتراط الاسترداد عبارة عن شرط فاسخ للبيع رتب القانون على ذلك القواعد الآتية :

أولاً — ان الميعاد المحدد للاسترداد ميعاد محتم فلا يسوغ تجاوزه واذا تجاوزه المسترد سقط حقه ولم يكن للمحكمة أن تجيز الاسترداد بعد الميعاد فى أى حال من

الأحوال ولو فى حالة القوة القاهرة — مادة ٣٤٢ (٤٢٧ مختلط)

فلا تجوز الاطالة ولو اصبح من له حق الاسترداد قاصراً لوفاة مورثه أو محجوراً عليه أو غائباً حتى ولو لم يعين لهم من ينوب عنهم قانوناً كوصي أو قيم . فمتى انقضى الميعاد سقط حق الاسترداد لأن النص لا يحتمل التأويل «فى أى حال من الأحوال»

ولا يجوز ايقاف سريان المدة لأن المسألة هنا مسألة وقوع شرط فاسخ لا مسألة اكتساب حق أو زواله بمضى المدة

وقد نصت المادة ١٦٦٣ من القانون الفرنساوى على سريان هذا الأجل قبل القاصر وحفظت له الحق قبل المقصر قانوناً اذا دعت الحال . وليس ما يمنع بحسب القواعد العامة من الرجوع على وصى القاصر اذا قصر فى استرداد المبيع مع وجود مصلحة ظاهرة فى الاسترداد ووجود مال للقاصر كاف لاداء الثمن والمصاريف

ثانياً — ليس للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق وجواز الاسترداد بعد الميعاد لأنه محتم . حرم القانون بهذا النص على القاضى أن يعطى المهلة التى تجوز له بمقتضى المادة ١٦٨ أهلى (٢٣٠ مختلط) إذ الغرض ليس تسهيل الأمر على مدين أعسر فضاق حاله بل تحقق شرط تتوقف عليه ملكية المبيع فيجب أن يقع الشرط بحسب اتفاق المتعاقدين . ولما كان المتعاقدان لا يجوز لهما اطالة المدة فلا يجوز ذلك أيضاً لنفس القاضى لأن الاتفاق قانون المتعاقدين

واذا تمّ الاتفاق بين المتعاقدين وقت البيع على ميعاد أقل من خمس سنين فليس لهما بعد ذلك أن يطيلاه بعقد آخر اذا ترتب على ذلك مساس بحقوق الغير التى يكتسبها من المشترى . فاذا جعلت المدة ثلاث سنين ولم يسترد البائع المبيع فى هذه المدة أصبح المشترى مالكاً له نهائياً والحقوق التى أعطاها للغير تكون نهائية لأنه ليس للمتعاقدين أن يتفقا على تعديل شروط تضر بحقوق غيرهما

فاذا رهن المشترى وفاء المبيع رهناً عقارياً فان المرتهن ينتظر أن يصبح العقار ملكاً للراهن فليس للمتبايعين اذن أن يضيعا عليه هذا الأمل الذى أباحه له القانون أما

الاطالة بين المتعاقدين فحكمها انها تعتبر وعداً ببيع جديد بمعنى أن المشترى وعد أن يبيع بيعاً جديداً العين للبائع الأول وعلى ذلك لا يقال انه مسترد للعين بل مشترلها « راجع بودرى فقرة ٦١٣ ص ٦٤٧ »

والفرق بين الأمرين انه فى حالة الاسترداد يزول أثر البيع ويعتبر كأنه لم يحصل وتسقط بناءً على ذلك الحقوق التى رتبها المشترى كرهن أو حق انتفاع لأن المشترى يعتبر أنه لم يتملك المبيع مطلقاً . أما اذا اعتبر وعداً بالبيع من جديد فأحكام البيع الأول تكون صحيحة والحقوق التى تترتب عليه تبقى ولا تزول

ويترتب على هذا أيضاً الفرق فى دفع رسوم التسجيل ففى حالة استرداد بيع الوفاء يعتبر فك بيع أما الثانى فيؤخذ عليه رسم البيع

ثالثاً — قررت المادة ٣٤٠ بأنه اذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشترى . وهذا يؤيد ما ذكر فى الفقرة السابقة من أن مجرد انقضاء المدة بغير توفية الشروط يترتب عليه سقوط الحق فى الاسترداد بلاحاجة لصدور حكم بذلك

المبحث الثالث — فى كيفية الاسترداد

١٧٧٨ — اذا أراد البائع الوفاء بالشروط المقررة لرد المبيع فلا يخلو الحال اما أن يتفق المتعاقدان على ذلك أو لا يتفقا

فاذا اتفقا على ذلك دفع البائع الثمن والمصاريف ورد المشترى المبيع وكان المحرر المثبت لهذا الاتفاق حجة على المتعاقدين فيما يتعلق بطلب الاسترداد قبل انقضاء الميعاد غير أنه يلزم أن يكون ذا تاريخ ثابت ليكون حجة على الغير — مادة ٢٢٨

١٧٧٩ — أما اذا لم يتفقا وجب على البائع تلافياً لسقوط حقه فى الاسترداد — اذا كان لم يرفع به دعوى — أن يعلن رغبته فى استرداد المبيع قبل فوات الميعاد المتفق عليه وأن يعرض على المشترى اداء الأشياء المنصوص عليها فى مادة ٣٤٤ بورقة قضائية أى معلنة على يد محضر أو غير قضائية كمجرد خطاب وانما يفضل أن يكون الإخبار بخطاب موصى عليه اثباتاً لاستعمال الحق فى الميعاد

فمتى أثبت البائع انه استعمل حقه فى الاسترداد فى الميعاد القانونى وأوفى بالشروط المطلوبة فى مادة ٣٤٤ يعتبر الشرط تاماً لأن امتناع المشترى او عدم اتفاقه مع البائع لا يجوز أن يحولا دون تحقق الشرط المذكور

ومن المتفق عليه ان ابداء الرغبة فى الاسترداد يجوز اثباته بكافة الطرق القانونية الاّ انه لا يكون حجة على الغير الاّ بالتاريخ الثابت

١٧٨٠ — ويجب على البائع ان يعرض على المشترى أن يؤدى له جميع الأشياء المنصوص عليها فى مادة ٣٤٤ وهى الثمن والمصاريف القانونية وذلك فى الاعلان المرسل للمشترى برغبته فى الاسترداد حتى يعتبر الشرط تاماً طبقاً للقانون

١٧٨١ — ولكن هل يجب ان يكون عرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً أو ان مجرد عرض اداء الأشياء المنصوص عليها قانوناً يعد كافياً ؟

خالفت الشراح فى فرنسا أحكام المحاكم فالرأى الغالب عند الشراح ان العرض الحقيقى لازم

أما المحاكم فقضت بأن مجرد ابداء الرغبة فى الاسترداد فى الميعاد كاف ولا داعى لعرض الثمن وملحقاته عرضاً حقيقياً مشفوعاً بايداعه فى المحكمة — محكمة نقض فرنسا ٥ فبراير سنة ١٨٥٦ دالloز ٥٦ ص ١٣٢

أرتكن الشراح على نص المادتين ١٦٥٩ و١٦٧٣ القاضيين بوجوب اداء الثمن وعلى قواعد الشرط الفاسخ وقالوا بأن الشرط هنا معلق على حادثة مستقبلة وغير محققة وهى رد الثمن والمصاريف فاذا مضى الميعاد ولم ترد فكأن الشرط لم يتم وحينئذٍ يسقط الحق فى الاسترداد

وارتكنت محكمة النقض على عدم وجود نص فى القانون يقضى بالعرض الحقيقى وقد يتفق ان كل عاقد يلزم برد أشياء تستدعى محاسبة وعلى أن المادة ١٦٧٣ فرنساوى جعلت للمشترى حق حبس العين اذا لم يدفع له كامل الثمن وفى هذا دليل على أنه قد يتأخر دفعه عن الميعاد المتفق عليه للاسترداد

لاحظ الشارع المصرى هذا الخلاف فعدل فى تركيب مواده وفى عباراتها

قصر تعريف بيع الوفاء على اشتراط استرداد المبيع واعادة الأشياء الى الحالة التى كانت عليها أولاً (مادة ٣٣٨) وحذف من نص المادة ١٦٥٩ فرنساوى المقابلة لها عبارة «فى مقابل رد الثمن الأصلى والأشياء المنصوص عليها فى مادة ١٦٧٣ منه»

وقال فى مادة ٣٤٤ بأنه لا يجوز فسخ البيع الاّ اذا «عرض» البائع على المشتري فى الميعاد المعين ان «يؤدى له» على الفور الأشياء الآتى بيانها عادلاً بذلك عن نص المادة ١٦٧٣ التى قضت بأنه : يجب على البائع الذى يستعمل حقه فى الاسترداد أن يؤدى أصل الثمن . . . . . . الخ . ويؤخذ من هذا ان البيع معلق على شرط « عرض الاداء » لا على نفس « الاداء »

ويلاحظ من جهة أخرى ان عدوله عن التعبير الذي عبر به فى مادة ١٧٥ الخاصة بالديون العادية حيث ذكر ان العرض يكون بالتطبيق للقواعد المبينة فى قانون المرافعات ولم يذكر شيئاً من ذلك هنا انه يقصد مجرد «العرض» أي مجرد اثبات رغبة البائع فى انه مستعد لاداء الثمن واسترداد المبيع فى الميعاد . وهو أمر طبيعى لأن الغرض اثبات استعمال الحق اما العرض الحقيقى فقد يتعذر لعدم معرفة مقادير ما صرفه المشترى من المصاريف اللازمة او أوجد من التحسين وقد يختلف مع البائع فى قيمتها ومن المقرر من جهة اخرى أن التسليم والاستلام يحصلان فى وقت واحد فاداء الثمن يجب أن يحصل وقت تسليم المبيع

لهذا أجمعت المحاكم الأهلية والمختلطة على أن العرض الحقيقى غير لازم بل يكفى لحفظ حق البائع فى الاسترداد أن يعرض على المشتري فى المدة المعينة فى العقد استعداده لرد الثمن اليه عند استلامه العين خلافاً لما هو مقرر فى حالة عرض الديون الاعتيادية الأخرى

وقد استندت المحاكم فى أحكامها على أن الشارع قصد ان يكون دفع الثمن والمصاريف عند الاستلام لأن تنفيذ العقود الملزمة للجانبين يستدعى ذلك إذ الاستلام والتسليم فى حكم بيع جديد

وعلى انه يظهر من مقارنة المادتين ٣٤٤ و ١٧٥ أهلى (٤٣٠ و ٢٣٨ مختلط) ان العرض الحقيقى غير لازم فى بيع الوفاء لزومه فى حالة الدين العادى اذا أراد المدين أن يبرأ منه لأنه لا طريق للبراءة من الدين واعتبار المدين انه قام بالوفاء بدينه الاّ بعرضه عرضاً حقيقياً وايداعه فى صندوق المحكمة . أما البائع وفاء فلا يلزم الاّ بأن يعلم المشترى قبل انقضاء الميعاد برغبته فى استرداد العين — راجع حكم الاستئناف المختلط فى ١٩ ابريل سنة ١٨٩٤ س ٦ ص ٢٣٧ والسنطة الجزئية ١٨ سبتمبر سنة ٩٩ مجموعة رسمية أولى ص ١٠٦ وقنا الأهلية الاستئنافية ١٩ سبتمبر سنة ٩٠٣ مجموعة رسمية عدد ٤٥ ص ٩٢

حقوق المشترى اذا تأخر البائع فى دفع الثمن

١٧٨٢ — قد يعترض على طريقة عدم استلزام العرض الحقيقى بأنها تفسح المجال للمماطلين فيعلنون رغبتهم فى الاسترداد ثم يلازمون جانب السكوت ويحاولون فى دفع الثمن والمصاريف التى يجب عليهم دفعها ولكن الاعتراض ظاهرى فللمشترى طرق عديدة لكفالة حقه واليك البيان

للمشترى اذا تأخر البائع فى الدفع أن يحبس العين حتى يؤدى البائع له ثمنها ومصاريفها . وله أن يحجز على سائر اموال البائع ويبيعها هى ونفس الشيء المطلوب استرداده لاستيفاء الثمن والمصاريف لأنه أصبح دائناً له حق المطالبة بها بمجرد عرض البائع لها فى الميعاد والتزامه بادائها فله ما لكل دائن من الحقوق

وعيب هذه الطريقة ان الحجز يعدّ تنازلاً من المشترى عن حقه فى حبس العين وحينئذٍ لا تكون له فائدة من اتباع هذا الطريق لانه يعتبر دائناً عادياً لا امتياز له على الثمن وقد يسبقه الدائنون المرتهنون للعقار ولو كسبوا حقوقهم بعد طلب الاسترداد

لهذا جرت المحاكم فى أحكامها على أنه يجوز للمشترى أن يطلب الدفع فوراً من البائع فاذا لم يذعن طلب من المحكمة أن تضرب له أجلاً يدفع فيه بحيث اذا لم يدفع يسقط حقه فى الاسترداد ومتى سقط حقه أصبح المشترى مالكاً للعين ملكا نهائياً واعتبر أن البائع لم يوف بالشروط المقررة للاسترداد — بودرى فقرة ٦١٧

١٧٨٣ — وتطبيقاً لذلك حكمت محكمة النقض بفرنسا بأن للقاضى أن يحدد لدفع

(٨٠)

الثمن أجلاً بحيث اذا انقضى ولم يدفع فيه البائع الثمن سقط حقه فى الاسترداد وأصبح المشترى مالكاً بصفة نهائية للمبيع — ١٤ يناير سنة ١٨٧٣ داللوز س ٧٣ ص ١٨٢

ويعلل الشراح ذلك بأن اعلان الرغبة فى استرداد المبيع فى الميعاد يعيد الملك للبائع معلقاً على شرط موقف وهذا الشرط هو رد الثمن والمصاريف فاذا لم يحقق الشرط لا يفسخ البيع ويبقى المشترى مالكاً للمبيع

١٧٨٤ — ويترتب على عدم استلزام العرض الحقيقى انه لو عرض البائع الثمن والمصاريف عرضاً حقيقياً ثم ظهر ان العرض غير مستوف شرائطه القانونية فلا ينبنى على ذلك سقوط حق البائع فى الاسترداد لأن بطلان اجراآت لا فائدة منها لا يترتب عليه ضياع حق استعمل فى الميعاد المحدد

أما اذا عرض البائع عليه اداء بعض الشروط المقررة فى المادة ٣٤٤ بأن أنقص مثلاً المصاريف المترتبة على البيع ولم يصرح برغبته فى ادائهـا هى وجميع الأشياء القانونية كان العرض ناقصاً واعتبر أنه لم يقم بالشروط المطلوبة قانوناً وحينئذٍ لا ينتج العرض مفعوله واذا انقضى الميعاد قبل أن يتم عرض ما وجب عليه بأكمله سقط حقه في الاسترداد

شرط العرض الحقيقى

١٧٨٥ — للمتعاقدين اشتراط عرض الثمن والمصاريف عرضاً حقيقياً وهذا الشرط جائز لأن الاتفاق قانون المتعاقدين ولا يعد حينئذٍ البائع مسترداً الاَّ اذا أوفى بالشرط وقام بالعرض الحقيقى — بودرى فقرة ٤١٩

التنازل عن الاسترداد

١٧٨٦ — للبائع أن يتنازل عن حقه فى استرداد المبيع وفاء وهذا التنازل يجعل المشترى مالكاً ملكاً نهائياً للمبيع

والتنازل اما أن يكون بالصراحة أو الدلالة كأن يصدق على البيع الصادر من المشترى وفاء لآخر بغير حفظ حقه فى الاسترداد

١٧٨٧ — وقد حكمت محكمة النقض بفرنسا بأن البائع الذى طلب الاسترداد فى الميعاد ثم سكت مدة طويلة (سنين) بغير أن يدفع ما هو مطلوب منه يعد متنازلاً تنازلاً ضمنياً عن حقه فى الاسترداد

ولكن هذا الحكم حكم ظروف لا حكم مبدأ لأن القانون لم يحدد ميعاداً للدفع بعد ابداء الرغبة فى الاسترداد . واذا أراد المشترى استيفاء دينه حالاً فله أن يتخذ الاجراآت اللازمة لاجبار البائع على الدفع أو يطلب من المحكمة تحديد ميعاد للدفع بحيث اذا لم يدفع فيه البائع الثمن والمصاريف سقط حقه كما بينا . وعلى كل حال يرجع تقدير التنازل الضمنى لفطنة المحكمة فتقدره بحسب الظروف والأحوال .

المبحث الرابع — من له حق الاسترداد

١٧٨٨ — حق الاسترداد هو طبعاً للبائع ثم لورثته البالغين فان كانوا قصر فلوصيهم اذا كان للقاصر مال وفى الاسترداد مصلحة له لأنه واجب على الوصى أن يعمل كل ما فيه خير للقاصر .

لغير الأهل كالمحجور عليه أن يسترد المبيع وفاء ويفسخ البيع مقابل قيامه بالشروط القانونية وذلك لأنه لا يجوز للمشترى أن يطلب ابطال الاسترداد اذ البطلان هنا نسبى وخاص بالبائع وحده (مادة ١٣٢ مدنى) . وعلى ذلك لا يقبل من المشترى الادعاء بأنه أصبح مالكاً ملكاً نهائياً بحجة أن المسترد غير أهل . الا أنه فى هذه الحالة ليس للقاصر أو لعديم الأهلية أن يجزىء النتائج المترتبة على طلب الاسترداد فيدعى أنه صار مالكاً للعين ولكن تعهده بدفع الثمن والمصاريف باطل اذ الوفاء بشرط اداء الثمن والمصاريف لا بدَّ منه لصحة الاسترداد . واذا طلب البطلان كان ذلك قرينة ضمنية على التنازل عن الوفاء بالشروط المقررة قانوناً وحينئذٍ يسقط حقه

وانما يلاحظ ان محل ذلك ما اذا استعمل غير الأهل حقه فى الاسترداد بلا تقاض أما اذا دعا الحال للتقاضى وجب أن يمثله فى الدعوى فيها النائب عنه شرعاً كالقيم لأنه لا يجوز له أن يقاضى بنفسه

١٧٨٩ — وحق الاسترداد ليس من الحقوق المتعلقة بشخص البائع أو ورثته وانما هو حق مالى يترتب عليه ما يأتى :

١ — للبائع جواز احالته للغير متى توفرت شروط الحوالة وللمحال اليه أن يطلب الاسترداد فى الميعاد المضروب بعد الوفاء بالشروط المطلوبة

وتطبيقاً لذلك حكم بأن حق طلب الاسترداد قابل للتحويل كسائر الحقوق الاخرى وعرض اداء الثمن والمصاريف القانونية مبرىء للطالب لو حصل قبل الميعاد — « محكمة مختلطة ٧ ديسمبر سنة ٨٩٩ سنة ١٢ ص ٢٣٦ »

واذا باع البائع العين المبيعة وفاء الى آخر بيعاً مطلقاً يعتبر أنه تنازل ضمناً عن حق الاسترداد لانه مادام له أن يحيل حقه الى آخر فالبيع يتضمن أنه أحاله — بودرى فقرة ٦٢٨

٢ — لدائن البائع أن يطلب الاسترداد باسم مدينه عملاً بنص المادة ١٤١ أهلى ولكنه متى طلبه اعتبر متعهداً شخصياً باداء الثمن والمصاريف للمشترى وجاز للمشترى حينئذٍ أن ينفذ بقيمتها على أمواله وللدائن حينئذٍ حق الرجوع على مدينه . غير أنه ليس للدائن أن يستعمل هذا الحق الا اذا كانت أموال مدينه لا تفى بالسداد ففى هذه الحالة فقط يكون اهمال طلب الاسترداد مضرًّا به. وقد أجاز القانون الفرنساوى للمشترى وفاء أن يطلب من الدائن الذى يقيم الدعوى باسم مدينه أن ينفذ أولاً على أموال مدينه الاخرى لأنه اذا نفذ عليها واستوفى دينه منها أصبح لا صفة له فى استرداد المبيع وفاء — مادة ١٦٦٦ فرنساوى

المبحث الخامس — ممن يطلب الاسترداد

١٧٩٠ — يطلب الاسترداد من المشترى

ولكن قد يتفق ان المشترى وفاء يبيع العين لآخر بمقابل أو بغير مقابل فماذا يكون الحال؟

نصت المادة ٣٤٣ على أنه « يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد ممن انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال »

وذلك لأن ملك المشترى وفاء معلق على شرط فاسخ . فحقوق من تلقى هذا الملك منه تكون أيضاً معلقة على هذا الشرط

وعلى ذلك يكون للبائع ان يطلب الاسترداد ممن ينتقل اليه الملك سواء علم بشرط الوفاء او لم يعلم لأنه لا تأثير لعلمه او جهله بهذا الشرط قبل البائع وفاء وانما يؤثر ذلك فى الرجوع على من باع اليه هو فى حالة تضمينه اذ الضمان يختلف فى حالتى العلم والجهل عند الاستحقاق كما قدمنا . ومن خواص الشرط الفاسخ ان يلحق الغير ولو لم يعلم به . لهذا يجب على المشترى ان يدقق عند الشراء ويراجع عقد تمليك من باع اليه اذا خشى عاقبة مثل هذا الامر

١٧٩١ — ويتفرع على هذا النص ان للبائع دعويين . دعوى شخصية قبل المشترى منه ودعوى عينية قبل الحائز للعقار ومنشأ هاتين الدعويين واحد وهو حق استرداد المبيع

ولهذا يجوز له الاكتفاء بابداء رغبته فى الاسترداد اما الى المشترى منه وحده واما الى من انتقل اليه الملك وحده وابداء الرغبة لأحدهما فاسخ للبيع متى حصل فى الميعاد

١٧٩٢ — وللبائع ايضاً ان يطلب الاسترداد ممن انتقل اليه المبيع بلا ضرورة لادخال المشترى فى الدعوى . وذلك لأن كل ما يفرض على البائع هو المطالبة وعرض الاداء فى الميعاد وذلك بعكس حالة طلب الفسخ بسبب عدم دفع الثمن اذ يشترط فيها رفع الدعوى على المشترى والحائز للعقار (راجع فيما تقدم فقرة ١٦٥٦) ولكن بما ان الدعوى ترفع قبل الحائز للعقار بهذه الصفة فاذا انتقلت من يده ليد اخرى فلا ترفع الدعوى الا قبل الحائز مثال ذلك زيد باع لبكر وهذا باع لخالد فالدعوى لا ترفع الا على خالد الحائز او على زيد المشترى لأن تعهده شخصى اما رفعها على بكر فلا قيمة له

وطلب الاسترداد من شخص كان حائزاً وباع لا قيمة له — نقض فرنسا فى ١٧ فبراير سنة ١٨٨٥ (دالloz ٨٥ ص ٢٥٥)

ولكن طلب الاسترداد من المشترى وفاء جائز ولو انتقلت الملكية منه لأنه كان

متعهداً شخصياً قبل البائع فطلب الاسترداد منه صحيح ولو لم تكن العين فى حيازته وفسخ البيع قبله يترتب عليه فسخه قبل جميع من تلقوا الحق عنه

١٧٩٣ — ومن التبصر أن يطلب دائماً الاسترداد من المشترى لأن الطلب منه أو مقاضاته دائماً صحيحة بعكس طلب الاسترداد من شخص انتقل اليه الملك فقد يظهر أنه كان تصرف فى العين قبل وصول طلب الاسترداد اليه والبائع يجهل هذا التصرف

ومن المعلوم أن حق تتبع العين وطلبها من الحائز لها أياً كان لا يرد الاَّ على العقارات وقد يشاهد أيضاً فى المنقولات اذا كانت مجرد حقوق (غير مادية)

أما اذا كان المنقول مادياً فلا يجوز بيعه وهو فى حيازة آخر لأن الحيازة دليل الملك

١٧٩٤ — ويجب على البائع اذا طلب الاسترداد من الحائز للعقار أن يؤدى له الثمن وجميع المصاريف المطلوبة قانوناً

فاذا اختلف الثمن الذى اشترى به حائز العقار عن الثمن الأصلى بأن كان أزيد أو أنقص وجب على المشترى ان يدفع الثمن الذى قبضه فى الأصل فقط

وللمشترى أن يرجع بالفرق على من باع اليه ان كان الثمن الذى دفعه زائداً على ذلك لأن البائع ضامن للثمن وأما فى حالة شرائه بالنقص فيأخذ كل الثمن الذى تعهد بدفعه البائع وفاء لأن جميع حقوق من اشترى منه نقلت اليه بالبيع — بودرى فقرة ٦٣٣

المبحث السادس — فيما يترتب على شرط الاسترداد

١٧٩٥ — ينقسم الكلام على ذلك الى قسمين

١ — أحكام البيع فى أثناء المدة المتفق عليها للاسترداد

٢ — أحكامه بعد طلب الاسترداد

احكامه بعد الاسترداد

١٧٩٦ — أما أحكامه بعد طلب الاسترداد أو بعد انقضاء الأجل بغير طلب فالأمر فيها ظاهر وهو انه اذا حصل الاسترداد عاد الشيء الى ملك البائع واعتبر

المبيع كأنه لم يخرج من ملكه وكأن ملكيته له لم تزل

واذا لم يحصل بقى المشترى مالكاً للعين كأنه اشتراها من تاريخ التعاقد بصفة بيع تام

أحكام البيع أثناء مدة الاسترداد

١٧٩٧ — لبيان ذلك يجب أن نبين حقوق كل جانب من المتعاقدين ولنبدأ بحقوق المشترى حقوق المشترى

من المعلوم انه بمجرد بيع الوفاء يصبح المشترى مالكاً فى الحال للمبيع على شرط الاسترداد أى مالكاً بشرط فاسخ . وهذه الملكية وان كانت معلقة على شرط فاسخ لكنها تخول للمشترى جميع الحقوق المترتبة على الملك . فله ادارة المبيع والتصرف فيه تصرفاً معلقاً على الشرط المعلق عليه حقه . ومعنى ذلك أنه ينتفع بالمبيع بالكيفية التى يراها ويستغله ويؤجره ويتصرف فيه بسائر التصرفات الجائزة للملاك . وليس للبائع أن يعارضه فى الانتفاع أو يمنعه من اجراء ما يريد ما لم يشترط خلاف ذلك حتى ولو أدى الاستغلال لإتلاف المبيع . فله أن يهدم البناء وأن يقلع الشجر كما يفعل المالك ملكاً تاماً وليس للبائع أن يحول بينه و بين ذلك الا بطريق واحد هو طريق استرداد المبيع

وله أن يبيع بعوض أو بغير عوض وان يرهن وان يرتب حقوق ارتفاق وغيرها من الحقوق العينية ولا حد ولا نهاية لتصرفه الا كونها قابلة للفسخ

وله أن يمنح جميع الحقوق التى يجوز للمالك ملكاً تاماً منحها وأن يضم لمدة وضع يده مدة وضع يد من انتقل الملك منه اليه (مادة ٧٧ أهلى) لأنه بالشراء انتقلت اليه حيازة البائع فتستمر حيازته . ويجوز له أن يرفع جميع دعاوى وضع اليد كما كان ذلك جائزاً للبائع له . وله أن يرفع دعوى الاستحقاق بشأن المبيع اذا دعت الحال

وكذلك للبائع أن يضم مدة وضع يد المشترى وفاء الى يده لأن الحيازة نقلت

اليه منه (٧٧ أهلى) اذ المشترى يعتبر لحين وقوع الشرط إما مالكاً لحسابه أو لحساب البائع له فاذا فسخ البيع كانت الحيازة لحساب البائع وكان مثله كمثل المستأجر

حقوق البائع

١٧٩٨ — أهم مسألة يجب البحث فيها هى معرفة ما اذا كان حق البائع شخصياً أو عينياً

قالت المحاكم انه حق شخصى وقال الشراح انه حق عينى

ومبنى الرأى الأول انه بمجرد بيع الوفاء تنتقل الملكية بكلياتها وجزئياتها الى المشترى بحيث لايبقى للبائع أى حق عينى والبائع لم يحفظ لنفسه غير حق الاسترداد فهو دائن بالنسبة لهذا الحق لا مالك ونفس شرط استرداد الملكية يفيد ذلك : ويتفرع على هذا الرأى ما يأتى :

أ — ان البائع لا يملك بيع العقار المبيع وفاء لا بيعاً تاماً ولا بيعاً معلقاً على شرط الوفاء واذا باع كان بيعه باطلاً لأنه من غير مالك — محكمة النقض ٤ أغسطس سنة ١٨٢٤ فقرة ٦٤٠ بودرى والباندكت فقرة ٢٨٣٣

ولكن المحاكم مع هذا قررت أن بيع العقار الصادر من البائع قبل استرداد المبيع يستلزم التنازل عن حق طلب الاسترداد ضمناً فللمحال اليه أن يطلب الاسترداد من المشترى ومتى طلبه أصبح مالكاً للمبيع كما اذا باعه له البائع بيعاً تاماً — باندكت فقرة ٢٨٣٤ بيع ج ٥٩

ويحتج بهذا التحويل على الغير متى كان ثابتاً بوجه رسمى مادة ٣٤٩ أهلى

ب — ليس للبائع وفاء ان يرهن العقار المبيع أو يرتب عليه حق ارتفاق او اى حق عينى آخر لأنه ليس بمالك وعلى هذا يجوز للمحال اليه بعد استرداده العين أن يطلب محو الرهون والتسجيلات التى تكون وقعت على العين المبيعة اثناء تعليق الشرط اى فى غضون المدة المحددة للاسترداد

ج — يجوز للمشترى ان يخلص العقار من الرهون التى ترتبت من البائع على العقار المبيع وفاء (مادة ٥٧٩ مدنى وما بعدها) . ويكون لهذا التخليص أثر نهائى

حتى بعد الاسترداد لأن الرهن اذا انقضى ينقضى بصفة نهائية قبل جميع الدائنين حتى من لم ينله شىء فى التوزيع لتأخير درجة دينه

فالتسجيلات تشطب بصفة قطعية واستعمال حق الاسترداد لا يعيدها مرة ثانية

ويترتب على ذلك انه اذا تنازل البائع – بعد تخليص المبيع من الرهون – عن حقه فى الاسترداد مقابل مبلغ من النقود فلا يكون هذا المبلغ من حق الدائنين المرتهنين الذين لم يكفِ ثمن المبيع فى الوفاء بديونهم فقط بل يكون من حق عموم الدائنين ويوزع بينهم بنسبة دين كل منهم

فمبنى كل ما تقدم من الاستنتاجات أن البائع لا يملك المبيع وفاء اثناء تعليق الشرط

١٧٩٩ – ولكن المؤلفين لم يقروا هذا الرأى بل يعتبرون البائع وفاء مالكاً بشرط موقف وما دام مالكاً فحقهُ عينى ويستندون فى تأييد رأيهم على ان المشترى وفاء مالك بشرط فاسخ . فاذا طلب البائع الاسترداد زال ملك المشترى المذكور عن المبيع واعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع لأن الحالة تعود الى ما كانت عليه قبل التعاقد وكأن البائع لم يبع مطلقاً وبعبارة اخرى كانت ملكيته دائماً مستمرة وعلى هذا يجب ان يعتبر البائع مالكاً بشرط موقف والّا صار الشىء المبيع غير مملوك لأحد أثناء تعليق الشرط لأننا بينا بأنه بعد الاسترداد لا يعتبر مملوكاً للمشترى فى المدة التى تمضى بين تاريخ البيع وتاريخ الاسترداد .

فيستلخص من ذلك ان الملكية تكون بأكملها للمشترى اذا لم يتم الشرط وتكون بأكملها للبائع اذا تم وحصل الاسترداد . وهذه النتيجة هى دائماً من مستلزمات الشرط الفاسخ فانه اذا ملك شخص شيئاً بشرط فاسخ وجب أن يكون هنالك مالك آخر بشرط موقف لأن وقوع الشرط الفاسخ يعيد الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد

ويقولون ان القانون يؤيد رأيهم فقد أجاز للبائع أن يطلب الاسترداد من أى حائز انتقل اليه المبيع ولو لم يشترط الاسترداد فى عقد الانتقال وقضى بأنه عند رجوع

. المبيع بيع وفاء الى البائع يأخذه البائع خالياً من كل حق أو رهن وضعه عليه المشترى (١٦٦٤ و١٦٧٣ فرنسي و٣٤٣ و٣٤٥ أهلي و٤٢٩ و ٤٣١ مختلط) ومعنى ذلك ان البائع وفاء يبقى مالكاً بشرط موقف بينما المشترى مالك بشرط فاسخ فاذا وقع الشرط الفاسخ عادت الملكية الى البائع خالية من كل أثر ترتب على حق المشترى بالوفاء

على أن رأى الشراح فى اعتبار حق البائع حقاً عينياً لا يمنع ما له من الحق الشخصى قبل المشترى حتى ولو انتقل المبيع الى يد أخرى فان للبائع دائماً حق طلب الاسترداد من المشتري مباشرة ولو باع العين لآخر — انظر فقرة ١٧٩١ المتقدمة وما بعدها

والنتائج التي تترتب على رأى الشراح هى :

١ — للبائع ان يتصرف فى المبيع باعطاء حقوق عينية عليه فله أن يبيع أو يرهن أو يقايض أو يمنح حق ارتفاق أو غيره من سائر الحقوق وانما تكون معلقة على شرط موقف وتزول كلها اذا لم يقع الشرط أى اذا لم يحصل الاسترداد

٢ — واذا سعى المشترى فى تخليص الرهون التي حصلت من البائع (مادة ٥٩٧ مدنى) فيكون تخليصها فى فائدته وحده فقط . فاذا عاد الملك للبائع زال أثر التخليص لأن ملكية المشتري زالت وتعتبر اذن الرهون باقية على ملك البائع لأن المفروض أن ملكيته لم تزل بعد تمام الشرط وغاية الأمر ان تلك الرهون لا تأخذ درجتها الأولى بل تلي الرهون التي تكون تسجلت أثناء عدم وجود التسجيلات الخاصة بها

والخلاصة من ذلك ان البائع يكون مالكاً بشرط موقف والمشترى مالك بشرط فاسخ والشرطان معلقان على حادثة واحدة هي طلب الاسترداد فاذا حصل زال أحد الحقين و بقى الآخر فإما ان يبقى حق المشترى أو يبقى حق البائع . وأيهما بقى يثبت حق الغير المكتسب منه و يسقط حقوق الغير الصادرة من الآخر

المبحث السابع — فيما يترتب على استعمال حق الاسترداد

١٨٠٠ — يترتب على استعمال حق الاسترداد زوال البيع واعادة الشيء الى الحالة التي كان عليها قبل حصوله . ولهذا يجب على كل عاقد أن يرد ما أخذ . فالبائع يرد الثمن والمشترى يرد المبيع وهذان هما التعهدان الأصليان

وقد توجد التزامات أخرى يجب الوفاء بها وهي الواردة في المادة ٣٤٤ أهلي فقد قررت المادة المذكورة بأن البيع لا يفسخ الاّ اذا عرض البائع وفاء على المشترى في الميعاد المعين أن يؤدى له على الفور الأشياء الآتي بيانها :

أولاً — أصل الثمن

ثانياً — المصاريف المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع

ثالثاً — المصاريف اللازمة التي صرفها المشترى غير ما صرفه لصيانة المبيع ثم يؤدى أيضاً ما زاد في قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التي صرفها المشترى بشرط أن لا تكون فاحشة

وسنبين سبب ذلك فيما يلي :

١٨٠١ — أول شيء يجب على البائع اداؤه هو اصل الثمن — الالتزام الاول

عني القانون بذكر « أصل الثمن » ليخرج الفوائد لأنها في مقابل ثمرة المبيع وقد استغلها المشترى . على أن اتفاق المتعاقدين على دفع فوائد غير محرم لأن المنع هنا ليس من النظام العام وانما يكون قرينة على اعتبار العقد رهناً لا بيع وفاء

كذلك اتفاق المتعاقدين على زيادة الثمن في العقد لا يبطل العقد وانما يفيد أن المقصود به الرهن لأن الزيادة في مقام الفوائد

١٨٠٢ — ألزم القانون البائع أيضاً برد المصاريف المترتبة على البيع الوفائي وعلى استرداد المبيع لأنه يترتب على الاسترداد فسخ المبيع وزوال ملك المشترى وبعبارة أخرى زوال كل منفعة عادت اليه من البيع . لهذا وجب على البائع أن يرد اليه رسوم — الالتزام الثاني

عقد البيع الوفائى ومصاريفه التى كان دفعها عملاً بنص المادة ٢٤٣ أهلى (٣٠٩ مختلط).

أما مصاريف الاسترداد فلا نزاع أنها فى فائدة المسترد ولذا حق عليه اداؤها

الالتزام الثالث ١٨٠٣ — لايضاح أحكام الفقرة الثالثة من المادة ٣٤٤ يجب بيان المقصود بالمصاريف

تقسم المصاريف فى العادة الى ثلاثة أقسام : ١ — مصاريف ضرورية

٢ — مصاريف نافعة : ٣ — مصاريف زينة

مصاريف زينة ١ — أما مصاريف الزينة كالبويات والألوان وكساء الحيطان ورش الرمل بالطرق فهى من الزخارف الكمالية ولا حق للمشترى فى طلب قيمتها خصوصاً وأنه يعلم بأن ملكه للمبيع معلق على شرط الاسترداد ويجوز نزعه من يده من وقت لآخر. فاذا أنفق شيئاً فى تزيين المكان وزخرفته فلتكن النفقة على حسابه لأنها لا تزيد فى قيمة المبيع انما للمشترى أن ينزع تلك الأشياء أو يأخذها بشرط اعادة المبيع لحالته الأصلية — بودرى فقرة ٦٤٨

مصاريف ضرورية ٢ — أما المصاريف الضرورية وهى التى لا بد منها لحفظ الشىء من التلف كاقامة حائط أو بناء سقف فواجبة على البائع بأكلها لأنه لو كان المبيع باقياً فى حيازته لاضطر لانفاقها

وقد أخرج القانون من هذا الوجه مصاريف الصيانة وجعلها على حساب المشترى لأنه هو الذى كان يستغل المبيع وهذه المصاريف لازمة لصيانة الشىء لامكان الانتفاع به واستثماره — انظر الفقرة التالية من مادة ٣٤٤ فقد قالت «غير ما صرفه لصيانة المبيع»

مصاريف نافعة ٣ — أما المصاريف النافعة وهى التى لا تلزم لحفظ الشىء وصيانته وانما تفيد فى تحسينه كشجر غرس وبناء جديد أقيم ومصرف حفر ومروى انشئت فلا تلزم البائع الاّ بقدر ما زاد بسببها فى قيمة المبيع بشرط أن لا تكون تلك المصاريف فاحشة

وقد أشار القانون لهذا النوع من المصاريف فى العبارة الأخيرة من الوجه الثالث من مادة ٣٤٤ وجرى فى الزام البائع بها على مقتضى الأحكام العامة القاضية بأنه ليس للانسان أن يغتنى من مال غيره فللمشترى أن يسترد ما دفع بقدر ما اغتنى

البائع من الزيادة فى العقار وان يحبس العين حتى يستوفى قيمة تلك المصاريف — « مادة ٦٠٥ أهلى »

ويلاحظ أن القانون قيد المصاريف النافعة بقيدين :

أولاً — اشترط أن تكون الزيادة فى قيمة المبيع ناشئة عن المصاريف النافعة بقوله : ما زاد فى « قيمة المبيع » بسبب « المصاريف الأخرى » : فخرج بذلك زيادة قيمة المبيع زيادة طبيعية أو لأسباب خارجة عن تلك المصاريف كانشاء شارع أو مد سكة حديد وتسبب عن ذلك تصقيع المكان وزيادة قيمته

ثانياً — اشترط أن لا تكون المصاريف النافعة «فاحشة». أراد الشارع بذلك أن يسهل على البائع سبيل الاسترداد وأن يحول بين المشترى وبين محاولته منع البائع منه بما يستنبط من الوسائل لاحباط أمله فى استرداد المبيع. مثال ذلك أن يقيم المشترى عمارة ينفق عليها عشرة آلاف جنيه فى أرض قيمتها ألف فقط . ومعلوم أن البائع كان استدان الثمن لضيق يده مؤملاً أن يحصل عليها فى الميعاد فأنى له أن يحصل على عشرة أضعافه . رأى الشارع أن ذلك يعد سوء قصد من المشترى فيرد عليه قصده أو اهمال وسوء تصرف منه لأنه يعلم أن العين قابلة للاسترداد وعليه تبعة اهماله

فاذا نازع بائع فى مقدار المصاريف النافعة لأنها فاحشة وتبين للقاضى ذلك حكم بإلزام المشترى بتسليم العين بالحالة التى كانت عليها أولاً وان للمشترى ان ينزع ما أقامه ويأخذه لنفسه فان كان بناء هدمه وأخذ مواده أو شجراً قلعه وانتفع به بشرط اعادة الشيء الى حالته الأولى ولكنه لا يلزم البائع بهذه المصاريف مطلقاً وقد يدعو ذلك المشتري بأن يترك للبائع ما أوجده على المبيع بقيمة زهيدة

حق المشترى فى حبس العين

١٨٠٤ — وحق المشترى وفاء فى الزام البائع عنـد الاسترداد بدفع هذه المصاريف مضمون بما له من حق حبس العين عملاً بنص المادة ٦٠٥ مدنى أهلى

وعلى ذلك ليس للبائع أن يجبر المشترى على تسليم المبيع اذا لم يقم بوفاء الالتزامات السابقة من ثمن ومصاريف

وللمشترى أن يتنازل عن حق الحبس اذا شاء ويسلم العين للبائع ولكن يصبح حينئذٍ دائناً عادياً

حقه فى طلب تحديد ميعاد

١٨٠٥ — وأضمن طريق للمشترى لإجبار البائع على الوفاء بهذه الالتزامات ان يطلب من المحكمة تحديد ميعاد للبائع لدفع الثمن والمصاريف بحيث اذا لم تدفع سقط حقه فى الاسترداد

رد المبيع كاملا

١٨٠٦ — يجب على المشترى ان يرد المبيع كاملاً هو وملحقاته . ولكن ماذا يكون الحكم فى أحوال الالتصاق (اضافة الملحقات للملك) التى تحصل أثناء تعليق الشرط اى قبل الاسترداد

حكمها أنها تكون ملكاً للبائع لأنها تعد من ملحقات العقار والفرع يتبع الأصل فكل ما التصق بالملك مملوك لصاحبه — فتحى باشا ص ٧٠

والمشترى ضامن لما يتلف أو يعطب من المبيع بتقصيره أو فعله وذلك مقابل ما له من الحق فى أخذ المصاريف الضرورية التى صرفها اذ يجب عليه أن يحفظ المال الذى يعلم أنه لا يملكه نهائياً واذا عاد لمالكه وجب أن يعود سليماً . وعلى هذا تخصم قيمة التلف من قيمة التعويض الذى يستحق له عن التحسينات التى أجراها

ويترتب على اعادة الشىء لحالته الأصلية عند الاسترداد وعدم امتلاك المشترى للمبيع انه اذا وجد مال مدفون أخذه البائع لأن المادة ٥٨ أهلى تقضى بأن المال المدفون يكون لمالك الأرض التى وجد بها وليس للمشترى غير النصيب الذى يستحق لمن عثر على شىء — قارن بودرى فقرة ٦٥٣

تأثير الاسترداد بالنسبة للغير

١٨٠٧ — نصت المادة ٣٤٥ أهلى بأنه عند رجوع المبيع بيع وفاء الى البائع يأخذه خالياً من كل حق أو رهن وضعه عليه المشترى وهذا النص ليس الاّ تطبيقاً لأحكام الشرط الفاسخ الذى يتناول ما سبقه من الحوادث

فالاسترداد يفسخ البيع ويعيد الحالة الى ما كانت عليه أولاً ويعتبر المبيع كأنه لم يخرج من ملك البائع والمشترى لم يملك مطلقاً وما دام المشترى اعتبر انه لم يكن

مالكاً فالحقوق الصادرة منه تعتبر انها صادرة من غير مالك

وما يقال عن الحقوق والرهن يقال فى البيع الذى يكون حصل من المشترى وفاء

ملاحظة على القانون المختلط

١٨٠٨ — وهنا يلاحظ ان المادة ٤٣١ مختلط (المطابقة لمادة ٣٤٧ أهلى) تفيد أن الاسترداد يترتب عليه فسخ جميع الرهون ولم تفرق بين ما وقع بحسن نية أو بسوء نية ولكن يظهر ان هذا النص مناقض لحكم المادة ١٧٦ مختلط التى قررت بصفة عامة ان فسخ العقود الناقلة للملك فى العقار لا يضر بحقوق الدائنين المرتهنين اذا كانت رهوناتهم مسجلة ومن المعلوم أن لا تأثير للتسجيل الا مع حسن النية

ويلوح لنا أن الشارع المختلط اختلط عليه الأمر فى هذا الموضع ولم يتخذ الاحتياط اللازم للتوفيق بين ما قرر من المبادئ لمراعاة حقوق الدائنين وبين حكم المادة ٤٣١ التى نقلها حرفياً عن القانون الفرنسى فانه يلاحظ كذلك انه سبق فأظهر قصده فى مادة ٤٢٤ مختلط بالمحافظة على حقوق الغير التى يكتسبها على العقار بحسب القواعد المقررة فى باب التسجيل وليس فى باب التسجيل مادة تشير لهذا الأمر بل المادة التى تكلمت على حقوق الدائنين عند الفسخ هى مادة ١٧٦ مختلط ولذا لم يفهم الغرض من هذا الحكم خصوصاً عند مقابلته بمادة ٤٣١ لهذا أغفل الشارع هذا القيد فى القانون الأهلى

استثناء الاجارة عند الفسخ

١٨٠٩ — وقد استثنت المادة ٣٤٥ الاجارة فقضت بأن البائع ملزم بتنفيذها متى حصلت بغير غش وكانت مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين مع أنه كان من مقتضى الفسخ أن تزول كسائر الحقوق الأخرى خصوصاً وان الاجارة لا تصح الا اذا كانت من مالك وقد زال ملك المشترى بالفسخ ولكن اعتبر ان للمشترى حق الادارة لأنه حائز للمبيع وله الانتفاع به بنفسه أو بغيره والاجارة معتبرة من أعمال الادارة لا من أعمال التصرف

فاذا كان التأجير معلقاً على شرط الفسخ أضر ذلك بحق المشترى لأن المستأجرين لا يقدمون على الايجار خوفاً من حصول الفسخ قبل الميعاد المتفق عليه

لهذا أراد القانون الزام البائع باحترام الاجارة الحاصلة بغير غش

فاذا حصل استرداد المبيع فليس للبائع أن يطلب فسخ الاجارة واخراج المستأجر في هذه الحالة لأن المراد بها مجرد انتفاع المشترى اثناء حيازته

أما اذا تبين وقوع غش كتواطؤ المشتري مع المستأجرين بأن قبل الاجارة بنقص فاحش لاقتراب الأجل . أو أجر قبل حلوله بزمن وجيز ولاضرر من التأجيل حتى ينقضى الأجل ويتبين حصول الاسترداد من عدمه . أو قبض جميع الثمن مقدماً مع أن الأجل قريب . أو غير ذلك من طرق الغش كانت الاجارة قابلة للبطلان وتقدير ظروف الغش أمر موكول للمحكمة

١٨١٠ — وقد اشترط القانون ان لا تكون الاجارة زائدة عن ثلاث سنين لأنها ان زادت عن ذلك وبالأخص اذا اقترب انتهاء الأجل كان ذلك دليلاً على سوء القصد والاضرار بالبائع

ولكن ماذا يكون الحال لو أجر المشترى العين المبيعة لمدة ست سنوات ابتداء من تاريخ عقد البيع الحاصل لمدة خمس سنوات ثم حصل الاسترداد فى نهايتها تماماً . هناك رأيان

الرأى الأول — يجوز القول بأنه لما كانت الاجارة لمدة زائدة عن الثلاث سنين المباحة طبقاً لنص المادة ٣٤٥ وجب انقاصها الى المدة القانونية ويعتبر المستأجر مدة السنتين الباقيتين منتفعاً بالشيء المؤجر بناء على ان الشروط القديمة تجددت ضمناً بغير عقد عملاً بنص المادة ٣٨٦ أهلى

وعلى هذا يجوز للبائع اذا استرد العقار ان يطلب اخراجه بعد التنبيه عليه

الرأى الثانى — ان البائع وان لم يكن ملزماً باحترام عقد الاجارة الصادر بها لمدة تزيد عن الثلاث سنين ولكنه ملزم باحترام العقد متى كان صادراً بهذه المدة أو بأقل منها وحينئذٍ يجوز تقسيم عقد الاجارة الى عقدين كل منهما بثلاث سنين . ويجب

على البائع اذن احترام العقد الثانى لأنه عن ثلاث سنين ويكون للمستأجر حق الانتفاع فى السنة الباقية بعد حصول الاسترداد متى تبين طبعاً ان الايجار حصل بغير غش

استرداد المبيع بأكله

١٨١١ — اعتبر القانون ان حق الاسترداد غير قابل للانقسام فلا تسوغ المطالبة الاَّ بالمبيع بأكله كما يستفاد من نص المادة ٣٤٦ مدنى (٤٣٢ مختلط) التى قررت ان الاسترداد لا يقع الاَّ على « نفس المبيع » فليس للبائع أن يطلب بعض المبيع ويترك البعض للمشتري

وهذا النص وان كان فيه غموض ولكن الغرض منه ظاهر وهو وضع هذه القاعدة العامة فان العدالة تقضى بها . يستوى فى ذلك ان يكون المبيع ملكاً كاملاً أو مشاعاً أو مقسوماً الى حصص. فاذا باع شخص عقاراً بيعاً وفائياً وجب عليه استرداد العقار الذى باعه لا جزءًا منه ولو كان هذا العقار مشاعاً لأن القانون أراد أن لا يجزأ طلب الاسترداد

كذلك ليس للمشترى أن يجبر البائع على استرداد مقدار أزيد مما باع حتى ولو كان المشترى اشترى القدر الزائد لأنه كان مشاعاً مع الحصة المبيعة ما دام الشراء حصل من تلقاء نفسه وذلك لأنه لايجبر شخص على شراء ما لم يبع . فاذا باع شخص نصف منزل مشترك مع أخ له بيعاً وفائياً فاشترى المشترى النصف الباقى بيعاً تاماً فليس للمشترى أن يجبر البائع على استرداد النصف الذى اشتراه بحجة أنه ما اشتراه الاَّ لكونه على المشاع

هذه هى القاعدة العامة ولكن القانون أدخل عليها بعض الاستثناءات فأجاز شراء مقدار أنقص أو أزيد مما بيع و بين ذلك فى الفقرة الأخيرة من مادة ٣٤٦ وفى مادة ٣٤٧ أهلى

جواز استرداد بعض المبيع وفاء

١٨١٢ — الحالة الأولى — تجوز المطالبة بقدر أقل مما بيع اذا مات المشترى وفاء وكان له ورثة . وفى هذه الحالة اما أن يبقى المبيع على المشاع بينهم أو يقسم . واذا قسم فاما أن يقع بأجمعه فى نصيب وارث واحد أو يأخذ كل وارث حصته فيه

ففى كل هذه الأحوال يجوز استرداد بعض الحصص دون البعض سواء بقيت حصة كل وارث على المشاع أو فرزت وذلك لأنه لو أريد استرداد جميع العقار طبقاً للقاعدة الأصلية لترتب على ذلك مقاضاة جميع الورثة . ومن الميسور معرفة حصة كل وارث ومطالبته بها لأن الوارث ليس له حقوق أكثر من مورثه فاذا ملك الحصة فقد ملكها بشرط فاسخ كما كان يملكها مورثه ولا ضرر من مطالبته بحصته لأنه مالك لها على الاستقلال ولا يهمه أطلبت حصة الوارث الآخر أم لم تطلب

وقد أراد القانون أن لا يلزم البائع بمقاضاة جميع ورثة المشترى فترك له الخيار فى مقاضاتهم جميعاً أو فى طلب الاسترداد من بعضهم دون البعض ولكنه قصر هذا الخيار على حالة تقسيم العين بين الورثة الى حصص مشاعة ومفروزة . فاذا لم يقسم المبيع الى حصص مشاعة ولا مفروزة بل وقع بأكمله فى نصيب أحد الورثة وجب الرجوع الى القاعدة العامة وهى طلب استرداد المبيع بأكمله من الوارث الحائز له لأن علة جواز التجزئة غير موجودة ولأن المادة ٣٤٦ مدنى قصرت الاستثناء على الحصص المشاعة بين الورثة أو المفروزة التى يملكها كل منهم ولم تتناول حالة ما اذا وقعت الحصة فى نصيب شخص واحد

١٨١٣ — اذا طلب استرداد بعض الحصص دون البعض قسم الثمن بنسبة كل حصة

وهنا تعرض مسألة ما اذا كان يجوز لباقى الورثة طلب الحصة التى استردها البائع بالشفعة أو لا يجوز

والجواب ان فى المسألة شكا وجهه ان الاسترداد لا يعد بيعاً وانما هو فسخ للبيع والشفعة لا تجوز الاَّ فى البيع

١٨١٤ — قلنا ان للبائع أن يسترد المبيع من أحد الورثة اذا وقع بأكمله فى نصيبه واستعمال هذا الحق لا يسقط حق البائع فى جواز مطالبة الورثة بصفتهم حلوا محل مورثهم وذلك لأنا قدمنا بأن للبائع أن يطلب استرداد المبيع ممن يكون انتقل اليه

أياً كان واستعماله لهذا الحق لا يمنع من مطالبة المشترى وفاء شخصياً وحيث كان له أن يطالب المورث لو كان حياً فله أن يطالب ورثته بذلك فانهم يقومون مقامه وله حينئذٍ ان يرجع على كل وارث بقدر حصته فى الميراث. وتظهر فائدة استعمال البائع لهذا الحق فى حالة ما اذا كان المبيع منقولاً ووقع فى حصة أحد الورثة فباعه لأجنبى حسن النية فان للمشترى المذكور أن لا يرده للبائع اذا طلب استرداده تمسكاً بقاعدة الحيازة دليل الملك – ٦٠٧ مدنى أهلى

فاذا لم يكن حق البائع قِبل الورثة باقياً لضاع عليه المبيع والثمن ولكن تمسكه بهذا الحق يجيز له مطالبة كل وارث بحصته فى التعويض المستحق لأن كل وارث ورث عن أبيه حق الالتزام برد المبيع وفاء

كذلك اذا حصل بالمبيع تلف استوجب تعويضاً جاز للبائع مطالبة كل شريك بحصته فى التعويض – انظر بودرى فقرة ٦٦٤ ص ٧٠٢

١٨١٥ – اذا تعدد المشترون وفاء جاز تطبيق القواعد السابقة قبلهم على سبيل القياس

١٨١٦ – يجب طلب الاسترداد من جميع الورثة قبل انقضاء الميعاد والا سقط الحق فى طلبه بالنسبة لمن لم يطلب منهم الاسترداد فى الميعاد حتى ولو كان الغرض هو المطالبة بالتعويض الناشئ عن التلف الحاصل بالمبيع أو الناشئ بسبب بيع المنقول الى أجنبى حسن النية. وسبب ذلك ان مسئولية الورثة تنقضى بانقضاء الميعاد وعدم حصول الاسترداد

واذا حصل استرداد بعض الحصص دون البعض فى الأحوال المتقدمة فتقسم المصاريف المستحقة قانوناً (مادة ٣٤٤) بنسبة الحصة أو الحصص المستردة

١٨١٧ – أشار القانون الى حالة موت المشترى وتعدد ورثته ولم يتكلم على حالة موت البائع وتركه عدة ورثة هل يجوز تجزئة طلب الاسترداد بمعنى ان كل وارث يجوز له أن يطلب حصته بقدر نصيبه فى الميراث او لا تجوز المطالبة الا بكل المبيع سواء كان الطلب من وارث واحد أو من جميع الورثة

والذى يلاحظ فى ذلك أن المشترى قد يتضرر من التجزئة لأنه اشترى عيناً كاملة قد يضر تقسيمها بما ينتج عنها كاملة من المنفعة كمنزل غير قابل للقسمة ومن جهة أخرى لم يكن للبائع وهو المورث أن يطلب استرداد بعض المبيع و يترك البعض فوجب أن تعامل الورثة كما كان يعامل وهو أن يطلبوا العين بأ كملها

نص القانون الفرنساوى على هذه الحالة فأجاز لكل وارث أن يطلب حصته بقدر نصيبه فى الميراث ولكنه حفظ للمشترى الحق فى أن يجبر هذا الوارث بأن يتفق مع باقى الورثة على طلب العين بأ كملها أو تركها كلها وذلك منعاً لما يلحقه من الضرر — « مادة ١٦٦٩ و ١٦٧٠ فرنساوى »

وعندنا حيث لا نص يرجع لقواعد العدل وهو رفع الضرر فاذا لم يكن ثم ضرر فطلب الوارث استرداد حصته جائز و إلاّ فلا. ولنا فى ذلك أسوة بالقواعد التى نص عليها القانون المصرى فى مواضع أخرى وهى أنه يجوز التقسيم اذا لم يترتب عليه ضرر — « قارن مادتى ٣١٧ و ٣١٠ أهلى »

١٨١٨ — ويسري حكم ما تقدم على حالة ما اذا كان البائعون عديدين و باعوا مبيعاً على المشاع بينهم و بعقد واحد — مادة ١٦٦٨ فرنساوى

أما اذا حصل البيع بعقود مختلفة و بأثمان مختلفة لكل حصة ثمن معين اعتبر كل بيع حاصلاً على حدته ومستقلاً عن الآخر وجازت المطالبة بكل مبيع على حدته ولو كان العقد واحداً

واذا باع جملة شركاء عقاراً مشاعاً بينهم على الوفاء وكان البيع بالتضامن والتكافل جاز لأحد الشركاء أن يطلب استرداد المبيع بأ كمله فان كل شريك يعتبر نائباً عن الباقين وانه باع كل المبيع . وعليه يجوز لأحد الشركاء المطالبة به بتمامه لأنه شريك بالتضامن

جواز استرداد قدر زائد فى حالة بيع حصة شائعة

١٨١٩ — الحالة الثانية — اذا كان المبيع بيع وفاء حصة شائعة فى عقار واشترى مشتريها الحصة الباقية من مالكها بعد «طلب هذا المالك مقاسمته» فللمشترى المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء ان يلزمه بأخذ العين بتمامها — « مادة ٣٤٧ (٤٣٣ مختلط) »

مثال ذلك — زيد شريك لعمرو فى بيت على المشاع . باع زيد نصف المنزل وفاء لبكر بمبلغ ألف جنيه . طلب بعد ذلك عمرو بيع البيت لعدم امكان قسمته فاشتراه بكر بمبلغ ألفين ومائتى جنيه بمعنى أنه دفع الى عمرو ألفاً ومائة مقابل حصته فاذا طلب زيد الاسترداد كان لبكر ان يجبره على أخذ المنزل بأكمله وأن يرد اليه ألفاً قيمة الحصة المبيعة وفاء وألفاً ومائة قيمة حصة بكر التى دفعها له لأنه ما اضطر لشراء حصة بكر الاّ ليحفظ الحصة التى باعها زيد اليه وفى شرائها حفظ لحق زيد فى الاسترداد

ويستفاد من هذا ان القانون أجاز ضمناً رفع دعوى البيع لعدم امكان القسمة على المشترى وفاء مع أنه متى طُلب الاسترداد تزول ملكيته والسبب فى هذا الشذوذ ان القانون لم يرد ان يسيئ حالة الشريك الذى باع شريكه حصته وفاء فاعتبر المشترى نائباً عن البائع فى الدعوى المذكورة

ويتفرع على هذه النيابة أن ليس للبائع ان يعارض فى مقدار الثمن الذى رسا به المزاد على المشترى بالنسبة للحصة التى طلب بيعها وان يطلب انقاص الثمن ما دام البيع بطريق المزاد لأن بائعها طبعاً يتوقع أعلى قيمة يبيع بها . وقد اشترى المشترى بالنيابة عن البائع بمقتضى ماله من الحقوق على العقار

فاذا رأى البائع ان الصفقة غير رابحة فما عليه الاّ ان يمتنع عن استرداد ما باعه — بودرى فقرة ٦٥٦ ص ٦٩٣

وقد جعل القانون هذا الحق موكولاً لخيار المشترى ان شاء أبقى الحصة التى اشتراها وبقى شريكاً بالمشاع مع البائع وان شاء الزم البائع باستردادها ولكن لا حق له فى الزامه بالاسترداد الاّ اذا كان طلب القسمة حاصلاً من الشريك لأن المشترى مضطر لتحمل نتائجها اما اذا كان المشترى هو الطالب للقسمة فرسا المزاد عليه سقط حقه فى الزام البائع برد العين بأكملها ويرجع للحكم العام وهو أن البائع لا يسترد غير نفس المبيع

١٨٢٠ — سكت القانون عن حالة ما اذا طلب الشريك القسمة من المشترى

وفاء فرسا المزاد على ذلك الشريك أو على شخص آخر وعلى هذا نزعت أيضاً الحصة المبيعة وفاء من يد المشترى . فهل للبائع ان يطلب الاسترداد عملاً بنص المادة ٣٤٣ او لا يجوز له طلبه وممن يطلبه ؟

يرى شراح القانون الفرنساوى أن ليس للبائع هذا الحق ونص المادة ١٦٦٦ فرنساوى عندهم يطابق حرفياً نص مادة ٣٤٣ عندنا وذلك لأن القانون لما أجاز طلب القسمة من المشترى وفاء بنص المادة ١٦٦٧ (مادة ٣٤٧ أهلى) اجاز جميع النتائج التى تترتب على ذلك وهى ان المزاد قد يرسو على المشترى وفاء أو لا يرسو لأنه رفض الشراء لارتفاع السعر مثلاً وحينئذٍ لا بد من ان يرسو المزاد على طالب القسمة أو على اجنبى . ولما كان المشترى معتبراً انه نائب عن البائع فى اجراآت المزاد فليس للبائع ان يطلب الاسترداد من الراسى عليه المزاد لأن ذلك معيد لحالة الشيوع وعلى ذلك يتعلق حقه بالثمن الذى رسا به المزاد فاذا كان الثمن زائداً عن ثمن البيع الوفائى كان له الحق فى أخذ الفرق أى بين الثمن الأصلى الذى باع به وفاء والمصاريف المستحقة عليه وبين الثمن الذى بيعت به الحصة لعدم امكان القسمة

أما اذا كان الطالب للقسمة هو المشترى فنص المادة ٣٤٧ لا يسرى لأنه نص استثنائى جاء على خلاف الأصل فلا يقاس عليه غيره

وقد صرحت المادة ٣٤٧ بذلك فقالت « بعد طلب هذا المالك مقاسمته» وعلى ذلك لا يجوز للمشترى وفاء فى هذه الحالة ان يجبر البائع على استرداد العين بتمامها اذا كان اشترى حصة الشريك الآخر والبائع لا يسترد غير الحصة التى باعها وفاء بمعنى انه يبقى لكل منهما ما ملك

تمّ الكتاب

الفهرست

الفصل الأول

فى البيع على العموم

صفحة

المقدمة

٩ أصل البيع

١٠ نشأته

١٠ الفرق بين المقايضة والبيع

١١ اغفال المقايضة فى القانون المختلط

١١ البيع مثال العقود بعوض

١١ تقييد اباحته

١٢ البيع فى الشريعة الاسلامية

الفرع الأول

فى تعريف البيع

١٤ التعريف

١٤ فى مأخذه

١٥ فى نقد القانون الفرنساوى

١٥ أقوال الفقهاء

١٦ ميزة تعريف القانون المصرى

١٧ الفرق بين القانون الرومانى والقوانين الحديثة

١٨ التعريف فى الشرائع الأوروبية

١٨ صفات البيع

صفحة

٢٠ ما يترتب على البيع

٢٠ حكمه فى الحقوق المجردة

٢١ ملاحظة على تعريف القانون المصرى

٢١ فى الخلاف بين نصى المادة ٢٣٥ العربى والفرنساوى

٢١ مراد المقنن من عبارته

الفرع الثانى

فى الفرق بين البيع والعقود المشابهة له

٢٣ الاشتباه بالمقايضة

٢٣ الاشتباه بالايجار

٢٧ الاشتباه باجارة أرباب الصنائع

٢٧ الاشتباه بالتوكيل

٢٧ الاشتباه بهبة بعوض

٢٨ الاشتباه بالصلح

٢٩ الاشتباه بالوصية

٣٠ الاشتباه بالقرض المخفى للربا

الفرع الثالث

٣١ فى حكم البيوع السابقة على القانون

الفصل الثانى

فى انعقاد البيع

صفحة

الفرع الأول

فى اركان الانعقاد وفيما ينعقد به البيع

٣٦ أركان الانعقاد
٣٦ فيما ينعقد به البيع
٣٧ التراضى بالمشافهة أو الكتابة
٣٧ التراضى بالاشارة
٣٨ استثناء قانونى من قاعدة التراضي
٣٨ استثناء بمقتضى الاتفاق

الفرع الثانى

فى الركن الأول — وهو التراضى

المبحث الأول

قواعد عمومية

٣٩ فيما يشتمل عليه التراضى
٤٠ اختلاف التراضى بالنسبة للمبيع
٤٠ اختلافه بالنسبة للثمن
٤٠ اختلافه بالنسبة للقصد
٤١ فى عدم اقتضاء شروط أخرى لانعقاد البيع

صفحة

٤٢ شروع المتعاقدين فى الاتفاق على شروط أخرى

المبحث الثانى

فى الايجاب والقبول

٤٣ تعريف الايجاب والقبول وحكمهما
٤٣ فى خيار الرجوع
٤٤ فى تحديد أجل للقبول
٤٤ موت الموجب
٤٤ موت القابل
٤٤ الحجر على الموجب
٤٤ فى رضاء الوكيل
٤٥ فى جواز تولى شخص واحد شطرى العقد

المبحث الثالث

التراضى فى البيع بالمراسلات

٤٥ فى وقت الرجوع فى الايجاب فى بيع المراسلة
٤٦ فى وقت انعقاد البيع بالمراسلة

صفحة

٤٧ آراء خلافية فى ذلك
٤٩ رأى الشريعة الاسلامية فى الموضوع
٥٠ صدور التراسل فى وقت واحد من الجانبين
٥٠ فى تحديد أجل للقبول
٥١ فى مراعاة العرف فى الأجل
٥١ فى اخلاء الموجب قبل انقضاء الاجل
٥٢ فى أمد القبول

المبحث الرابع

فى البيع بكتابة الثمن على المبيع — بيع التعاطى فى الشريعة الاسلامية — البيع بالاعلان فى الجرائد أو بتوزيع النشرات وارسال البرامج (الكتالوجات) وغيرها

٥٣ البيع بكتابة الثمن على المبيع
٥٣ بيع التعاطى فى الشريعة الاسلامية
٥٤ حكمه وأمثلته
٥٥ قيمة الرضاء فى حالة بقاء الثمن المكتوب أو رفعه
٥٦ كتابة الثمن برموز واشارات
٥٦ فى اشتراط بعض الشروط
٥٦ البيع بتوزيع النشرات أو ارسال البرامج
٥٧ حكم التصرف فى البضاعة
٥٧ حكم نفادها
٥٨ حكم وجودها

صفحة

٥٨ حكم عدم امتلاك الأصناف المدونة بالبرنامج
٥٨ فى جواز رفض البيع المعسر
٥٩ فى من يجوز له التمسك بالثمن المسمى
٥٩ الرجوع فى العرض
٥٩ سقوطه

الفرع الثالث

فى الوعد بالبيع

المبحث الأول

عموميات

٦٠ فى الفرق بين البيع والوعد بالبيع
٦٠ مزايا الوعد بالبيع وأمثلته
٦١ قيمته قانوناً
٦٢ حكمة التشريع الفرنساوى
٦٢ تعليل الشريعة
٦٤ صحته قانوناً
٦٤ أنواعه

المبحث الثانى

فى الوعد الملزم للجانبين

٦٤ تعريفه
٦٤ نقده

صفحة

المبحث الثالث

في الوعد من احد الجانبين

٧٠ الوعد من البائع
٧٠ الفرق بين الوعد بالبيع والايجاب في البيع
٧٠ خيار الرجوع في الوعد بالبيع
٧١ الوعد من البائع ليس من التعهدات المقترنة بشرط مفسد

المبحث الرابع

فيما يترتب على الوعد من البائع

٧٣ في حكم الوعد الملزم للبائع قبل موافقة المشترى
٧٣ التصرف في العين الموعود ببيعها
٧٤ في هلاكها وزيادتها أو نقصها
٧٥ في أن الوعد بالبيع ليس بيعاً بشرط
٧٦ في حكم الوعد الملزم للبائع بعد الموافقة
٧٦ في امتناع الواعد عن تنفيذ وعده
٧٧ في جواز التسجيل
٧٧ فيما يجب أن يشتمل عليه الوعد
٧٩ في جواز تحويل التعهد بالوعد بالبيع
٧٩ في صيغ الوعد الملزم للبائع
٧٩ في تحديد أجل لقبول الشراء
٨٠ في طلب تحديد الأجل من القضاء

صفحة

٨٠ في بطلان الوعد بالبيع للموظفين والنائبين عن غيرهم
٨١ أحكام مختلفة

المبحث الخامس

في بيع التفضيل (أو الاولوية)

٨١ تعريفه
٨٢ حكمه
٨٢ الطعن في صحته
٨٢ مقارنته ببيع الوفاء
٨٣ جواز التصرف بغير البيع في بيع الأولوية
٨٣ الفرق بينه و بين الواعد بالبيع المجرد
٨٣ ما يشتمل عليه

المبحث السادس

في الفرق بين الوعد بالبيع من الجانبين والوعد بالبيع من جانب واحد

المبحث السابع

في الوعد بالبيع من جانب المشترى

٨٥ تعريفه
٨٥ حكمه ومقارنته بالوعد من البائع
٨٥ كيفية حصوله

صفحة

الفرع الرابع

فى العربون

٨٦ تعريفه
٨٦ الغرض منه
٨٧ مبدأ القانون الفرنساوى وعلته
٨٧ فيما يسمى عربوناً

صفحة

٨٨ الفرق بين العربون والقسط من الثمن
٨٨ فى الرجوع لقصد المتعاقدين
٨٩ فى اعتبار القرائن والظروف
٨٩ فى الرجوع للعرف
٨٩ فى مدة خيار النقض
٩٠ فى عدم رد الضعف الآفى حالة العربون

الفصل الثالث

فى المبيع

صفحة

عموميات

٩٣ ماهية المبيع
٩٣ فيما يصلح أن يكون محلاً للبيع
٩٤ حكم تعدد بعض الأشياء المبيعة فى القانون
٩٥ شروط المبيع

الفرع الأول

فى اشتراط وجود المبيع

٩٦ علة اشتراط وجود المبيع أو احتمال وجوده
٩٦ فى الوجود القانونى

صفحة

المبحث الأول

فى بيع الاشياء المحتملة الوجود

٩٦ صحتها قانوناً
٩٨ كيفية حصولها
٩٨ فى تقدير أثمانها
٩٨ بيع الغرر والبيع المعلق على شرط فى الأشياء المستقبلة
١٠٠ فى ترجيح أحدهما عند الاشتباه
١٠١ استثناءات فيما لا يجوز بيعه من الأشياء المستقبلة
١٠٠ حكم بيع الأشياء المستقبلة فى الشريعة

صفحة

المبحث الثانى

فى بيع المعدوم أو المنعدم

١٠٤ بطلانه قانوناً
١٠٤ قيمته
١٠٥ وقت حصول الهلاك
١٠٥ هلاك الكل
١٠٥ هلاك البعض
١٠٦ تقدير الهلاك
١٠٧ علم المشترى بالتلف عند البيع
١٠٧ فى هلاك بعض الأشياء المبيعة جملة

الفرع الثانى

فيما يجوز التبايع فيه وما لا يجوز

١٠٨ نقد على تعبير القانون
١٠٩ تعبير الفقهاء
١٠٩ بيان ما لا يجوز التبايع فيه
١٠٩ أسباب منع التبايع
١٠٩ شروط الشيء القابل للتعامل به
١١٠ ملاحظات ومقارنات بين الأشياء المنوعة قانوناً والغير القابلة للتعامل

المبحث الأول

فى الاشياء التى لا تقبل التعامل بها

١١٣ الأملاك المخصصة للمنافع العمومية

صفحة

١١٥ الوظائف العمومية
١١٥ فى بيع عيادة الطبيب
١١٧ فى بيع المهندس المعمارى والمحامى لأعمال صناعتهما
١١٧ بيع محلات التجارة
١١٨ العقارات الموقوفة والتصرف فيها
١٢٠ فى استبدال الوقف
١٢٥ فى بيع المبانى المحتكرة
١٢٥ فى بيع الكدك والكردار
١٢٦ فى بيع خلو الحوانيت
١٢٦ فى بيع المرصد

المبحث الثانى

١٢٧ فى الاشياء الممنوع بيعها بمقتضى القانون مع انها فى الاصل مما يقبل التعامل به
١٢٨ الاتجار بالجواهر السامة
١٢٨ بيع الحشيش
١٢٨ بيع الدخان المغشوش
١٢٩ الحيوانات الموبوءة
١٣٠ فى بيع الأسلحة النارية والذخائر
١٣٠ بيع البارود
١٣١ بيع المحار
١٣٢ بيع الطيور
١٣٢ بيع الأشياء الأثرية
١٣٢ الاتجار بالرقيق

صفحة

١٣٢ بيع الأشربة والمأكولات المغشوشة
١٣٢ بيع النمرة المعروفة باللوترية
١٣٢ التبايع بالبضاعة الممنوع ادخالها
١٣٣ فى بيع شيء مشترط فيه الحصول على رخصة

المبحث الثالث

فى بيع الحقوق الذاتية

١٣٣ فى بيع الرتب والنياشين
١٣٤ بيع المداليات والجوائز
١٣٤ التبايع بالحقوق المتعلقة بذات الامير
١٣٤ التنازل عن النفقات
١٣٦ بيع تذاكر الاياب وتذاكر الاشتراك فى السكة الحديد
١٣٧ بيع تذاكر المراسح المخفضة القيمة
١٣٧ التنازل عن التزام الأعمال العامة
١٣٧ التنازل عن امتياز النشر فى جريدة

المبحث الرابع

فى منع البيع بمقتضى اتفاق خاص بين المتعاقدين

١٣٧ فى اشتراط عدم جواز البيع بين المتعاقدين
١٣٩ فى منع اسقاط حق الايجار
١٣٩ استثناء بيع الجدك

صفحة

الفرع الثالث

فى شرط تقوم المبيع

١٤١ عدم انعقاد البيع فيما لا قيمة له
١٤١ معنى التقوم والمراد به
١٤٢ فى القيمة المعنوية

الفرع الرابع

فى شرط القدرة على تسليم المبيع

١٤٢ عدم انعقاد البيع فيما لا يمكن تسليمه

الفرع الخامس

فى شرط تعيين المبيع

١٤٣ وجوب تعيين المبيع لصحة انعقاد البيع
١٤٣ حكمة ذلك
١٤٤ التعيين بالنوع كاف
١٤٥ قابلية المبيع للتعيين
١٤٦ فى صنف المبيع الواجب تسليمه
١٤٧ كيفية التعيين
١٤٧ شريعة اسلامية
١٤٨ فى الفرق بين تعيين المبيع والعلم بالمبيع

الفرع السادس

١٥٠ فى شرط ملكية البائع للمبيع

الفصل الرابع

فى بيع ملك الغير

صفحة

١٥٣ فى مأخذ التشريع المصرى

١٥٣ فى أهمية الموضوع

١٥٣ حكم بيع ملك الغير فى الشريعة الاسلامية

١٥٣ بيع الفضولى

١٥٤ حكمه فى القانون الفرنساوى

١٥٤ القانون الألمانى

١٥٥ مذهب القانون المصرى

١٥٥ فيما يترتب على بيع ملك الغير

الفرع الأول

فى بطلان بيع ملك الغير

المبحث الأول

بالنسبة لاى شخص تقرر بطلان بيع ملك الغير

١٥٥ فى ان البطلان مقرر بالنسبة للمتعاقدين

المبحث الثانى

فى نوع هذا البطلان وأساسه ونتائجه

١٥٦ فى نوع البطلان

١٥٧ أساسه واختلاف الآراء فى ذلك

صفحة

١٥٧ رأى أول

١٥٨ رأى ثان

١٥٩ رأى ثالث

١٥٩ رأى رابع

١٥٩ رأى خامس

١٦٠ فى نتائج البطلان النسبى

١٦٠ النتيجة الأولى

١٦١ فى جواز طلب البطلان قبل حصول منازعة ما

١٦٢ عدم جواز طلب البطلان من البائع

١٦٣ القانون الايطالى

١٦٣ شريعة اسلامية

١٦٣ فى طلب البطلان حالة تملك المبيع بمضى المدة

١٦٥ النتيجة الثانية

١٦٥ النتيجة الثالثة

١٦٧ رأى الفقهاء

١٦٧ النتيجة الرابعة

١٦٧ النتيجة الخامسة

١٦٨ ميزة جعل البطلان نسبياً

صفحة

الفرع الثانى

١٦٨ فى حق المشترى لملك الغير — فى طلب التعويض من البائع

الفرع الثالث

١٧٠ فى تأثير بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقى — حق المالك فى الاسترداد — حقه فى اجازة البيع

المبحث الأول

١٧١ فى حق المالك الحقيقى فى استرداد المبيع
١٧١ تأثير التقادم على علاقة المالك الحقيقى بالمشترى
١٧٢ فى استرداد الغلة
١٧٣ تأثير التقادم على علاقة المالك الحقيقى بالبائع

المبحث الثانى

١٧٦ فى اجازة المالك للبيع
١٧٧ فى مفعول الاجازة
١٧٨ أساس تصحيح البيع بالاجازة
١٧٩ أحكام الاجازة فى الشريعة
١٨١ فى اجازة تصرفين معاً

الفرع الرابع

١٨١ فى العقاب على بيع ملك الغير

الفرع الخامس

١٨٢ فى حدود تطبيق المادة ٢٦٤ والاحوال التى تدخل فى حكمها والتى لا تدخل
١٨٢ فى قصر النهى على بيع الأشياء المعينة

صفحة

١٨٢ بيع الأشياء المعينة بنوعها
١٨٣ شيوعه فى بيع السلم والمضاربات
١٨٣ صحته ولو كان الغرض مجرد دفع فروق
١٨٤ بيع متتج لمجرد تعهدات
١٨٤ أحكام
١٨٥ التعهد بقبول الغير
١٨٦ التعهد بنقل الحيازة
١٨٧ بيع المملوك بشرط فاسخ أو موقف
١٨٧ فى المملوك بشرط موقف
١٨٨ فى الفرق بين امتلاك البائع للمبيع بتحقق الشرط وامتلاكه بسبب آخر
١٩٠ فى بيع الملك المشاع
١٩١ حكمه بالنسبة للمتعاقدين
١٩٢ فى أن بيع المشاع قابل للفسخ تبعاً لنتيجة القسمة
١٩٥ فى حكم البيع بالنسبة لباقى الشركاء
١٩٩ التعهد بقبول الغير فى البيع المشاع
١٩٩ بيع المبيع وفاء
١٩٩ حكم الشريعة فى بيع ملك المشترك
٢٠٠ فى بيع ملك الغير قضائياً
٢٠٠ ذيل — فى بيع المرهون والمؤجر والملك الصورى والتركة المستغرقة بالدين
٢٠١ فى بيع المرهون رهناً عقارياً

صفحة
٢٠١ في بيع المرهون رهن حيازة
٢٠٣ فى بيع العين المؤجرة

صفحة
٢٠٥ فى بيع الملك الصورى
٢٠٧ بيع التركة المستغرقة بالدين

الفصل الخامس

فى الثمن

٢٠٧ ماهيته وتعريفه
٢٠٧ الصفة الأولى
٢٠٩ الصفة الثانية
٢١٠ الثمن الحقيقى
٢١٠ الثمن التافه
٢١٠ الثمن البخس
٢١١ الثمن الصورى

٢١٦ الصفة الثالثة
٢١٧ فى تقييد حرية المتعاقدين
٢١٨ فيمن له حق تقدير الثمن
٢١٩ فيما يترتب على تعيين الخبير
٢٢١ فرع خاص — فى المقصد الشرعى
٢٢٢ فى الفرق بين المقصد والباعث فى البيع

الفصل السادس

الفرع الأول

٢٢٤ فى شكل البيع
٢٢٥ شكل البيع الخاص
٢٢٦ فى تعليق انعقاد البيع على كتابة عقد
٢٢٧ فى اعتبار الحكم فى مقام العقد الرسمى
٢٢٨ تطبيقات

الفرع الثانى

فى اثبات البيع
٢٢٩ فى المراد بالكتابة
٢٣٠ فى ضرورة مراعاة قواعد الاثبات

الفرع الثالث

٢٣٤ فى مصاريف البيع
٢٣٥ احكام

الفرع الرابع

فى احوال البيع (صيغة)
٢٣٧ عموميات
٢٣٨ فى الشرط الفاسخ
٢٤٠ فى الشرط الموقف
٢٤١ فى البيع لأجل

صفحة

الفرع الخامس

٢٤٢ فى البيع بالوزن او العدد او الكيل والبيع جزافاً

٢٤٣ شريعة اسلامية

٢٤٤ قانون فرنساوى

٢٤٤ القانون المصرى

٢٤٤ فى تعريف البيع الجزاف

٢٤٦ قانون ايطاليا

٢٤٦ فى تعريف البيع بالوزن أو الكيل الخ

٢٤٦ فى اشتراط الكيل او الوزن لتعيين المبيع

٢٤٧ « « « « « لتقدير الثمن

٢٤٨ الرأى الأول

٢٤٨ « الثانى

٢٤٩ « الثالث

٢٤٩ فيما يترتب على البيع جزافاً او بالكيل

٢٥٠ فى نقل الملك

٢٥١ فى الفرق بين البيعين من جهة الهلاك

٢٥٢ هلاك البعض

٢٥٢ هلاك الكل

٢٥٣ تقييد حكم المادة

٢٥٤ فى الشروط اللازمة للوزن او العدد او الكيل

٢٥٥ فى سلطة القاضى

٢٥٦ فى طلب الوزن

صفحة

الفرع السادس

فى بيع التجربة

٢٥٨ تعريفه

٢٥٩ اشتراطه التجربة فى العقد

٢٥٩ تأثير العادة

٢٦٠ حكمة النص

٢٦٠ الاتفاق على خلافه

٢٦١ حكمه

٢٦١ محله

٢٦٢ طريقة التجربة

٢٦٣ ميعادها

الفرع السابع

فى البيوع المستعملة فى التجارة

المبحث الأول

فى بيع السلم

٢٦٤ تعريفه

٢٦٥ هلاك المبيع فيه

٢٦٥ حصوله بطريق المضاربة

المبحث الثانى

فى بيع السلم بالعينة

٢٦٧ الفرق بينه وبين البيع بالنموذج

٢٦٨ في اعطاء البائع أمراً بالتسليم لحامله

٢٦٨ بيع السلم بالتسلسل وتصفيته

صفحة

المبحث الثالث

٢٧٠ فى بيع البضاعة الحاضرة

المبحث الرابع

٢٧١ فى البيع المعلق على وصول السفينة سالمة

الفرع السابع (مكرر)

فى البيوع التخييرية

صفحة

الفرع الثامن

٢٧٣ فى الشروط والآجال المتعارفة
٢٧٤ تعارض العرف والنص
٢٧٥ متى يرجع للعرف
٢٧٥ شريعة فرنساوية

الفصل السابع

فى المتعاقدين

الفرع الأول

٢٧٦ فيمن يجوز لهم البيع والشراء
٢٧٧ أهلية المتعاقدين
٢٧٧ الأصل هى الأهلية
٢٧٨ عدم أهلية المحكوم عليه بعقوبة جنائية
٢٧٨ الرجوع للأحوال الشخصية
٢٧٩ ما يترتب على فقد الأهلية
٢٧٩ عدم أهلية الأشخاص المعنوية
٢٨٠ المنع الخاص

المبحث الأول

فى الحجر على أهلية القضاة
ومساعدى القضاء

٢٨١ المنع من شراء الحقوق المتنازع فيها
٢٨١ قصر المنع على الشراء دون البيع
٢٨٤ المنع وارد على كل الحقوق أو بعضها
٢٨٦ شراء المحامي لحصة من حق متنازع فيه
٢٨٨ فى منع الشراء اداريا
٢٨٨ شريعة اسلامية

المبحث الثانى

فى فقد أهلية الوكلاء الشرعيين والمختارين

٢٨٩ المنع من شراء المال المنوط بالوكيل بيعه
٢٨٩ علته
٢٩٠ فيما يتناوله المنع
٢٩٢ حكم شراء المشرف
٢٩٢ حكم شراء الوصى الخاص
٢٩٢ المنع شامل للشراء مباشرة أو بالواسطة
٢٩٤ شريعة اسلامية
٢٩٤ في حكم شراء الوصى المختار
٢٩٤ في حكم شراء وصى القاضى
٢٩٥ حكم منع هذه البيوع

صفحة

المبحث الثالث

٢٩٦ في منع المحجوز عليه من بيع ما حجز عليه من العقار بحسب أحكام القانون المختلط
٢٩٧ المراد من نص المادة
٢٩٨ في سقوط الحق في ابطال البيع

الفرع الثانى

٢٩٩ في بيع المريض مرض الموت
٣٠٠ مأخذ هذه الأحكام
٣٠٠ تقسيم التصرفات عند الشرعيين
٣٠٠ تصرفات فى حال الصحة
٣٠١ تصرفات في حال المرض
٣٠١ حكمة ذلك
٣٠٤ شرائع أجنبية
٣٠٥ مقارنة القانون المصرى بالشريعة
٣١٠ فى تعريف مرض الموت
٣١١ فيمن هو فى حكم المريض
٣١١ فى العلل والأمراض المزمنة
٣١٣ فيمن يلحق بالأصحاء
٣١٤ فى بيع الصحيح
٣١٤ فى بيع المريض مرض الموت
٣١٥ فى الحد الفاصل بين الصحة والمرض
٣١٥ فى طرق الاثبات
٣١٧ فى انطباق هذه الأحكام على الوطنيين
٣١٧ فى تحديد صفة الوارث ووقته
٣٢١ فى الاجازة ووقتها

صفحة

٣٢٢ فيما يتعلق بالبيع
٣٢٤ مضمون الاجازة واثباتها
٣٢٤ فى الاجازة الصادرة من وارث مريض
٣٢٤ فى اجازة بعض الورثة
٣٢٥ فى مفعول الاجازة
٣٢٦ نفاذ البيع بأكمله عند عدم وجود ورثة
٣٢٧ فى نقل الملك
٣٢٧ فى التنفيذ

الفرع الثالث

فى رضاء المتعاقدين
٣٢٨ احكام

الفرع الرابع

٣٣٢ فى وجوب علم المشترى بأوصاف المبيع الاصلية (خيار الرؤية)

المبحث الأول

عموميات
٣٣٤ فى مأخذ هذه النصوص ومراد القانون منها
٣٣٦ خيار الرؤية بحسب أحكام الشريعة
٣٣٨ فى وجه الكلام على هذا الموضوع فى باب العاقدين
٣٣٨ مقارنته بأحكام بيع المذاق فى القانون الفرنساوى
٣٣٩ المراد بالعلم
٣٣٩ فى تقييد هذا العلم

صفحة
٣٤١ فى قصر هذا الحق على المشترى
٣٤١ فى معاينة الوكيل

المبحث الثانى

فى حكم البيع بعد المشاهدة
٣٤٢ فى مشاهدة بعض المبيع جزافاً
٣٤٣ فى مشاهدة بعض المبيع بالكيل أو الوزن
٣٤٣ في جواز استعمال حق خيار العيب
٣٤٤ في سقوط حق الفسخ
٣٤٤ في اثبات سقوط الحق

صفحة
٣٤٥ في عدم سقوط الحق في حالة التدليس

المبحث الثالث

٣٤٦ فى اشتمال عقد البيع على بيان المبيع واوصافه

المبحث الرابع

٣٤٧ فى البيع للاعمى

المبحث الخامس

٣٤٧ فى الفرق بين العلم بذات المبيع والعلم بأوصافه

الفصل الثامن

فى احكام البيع

الفرع الأول

٣٥٠ حكم البيع في انتقال الملك عموميات
٣٥٣ فيمن يعتبر في حكم المتعاقدين
٣٥٤ حكمة نظام العلانية
٣٥٥ في حكم بيع المنقول مرتين

المبحث الأول

في انتقال الملكية بالنسبة للمتعاقدين
٣٥٦ نقل الملك في الشيء المعين بالذات
٣٥٧ نقل الملك في الأشياء المعينة بنوعها
٣٥٨ في البيع بخيار التعيين
٣٥٨ في البيع جزافاً أو بالكيل والوزن
٣٥٨ في البيع المعلق على شرط
٣٥٩ في بيع التجربة
٣٥٩ في نقل ملكية البضاعة المرسلة بطريق البحر أو البر
٣٦٠ في استبقاء الملك لحين دفع الثمن
٣٦٠ في حقوق الأجانب

المبحث الثانى

في نقل الملكية بالنسبة للغير
٣٦١ الفرق بين امتلاك المنقول والعقار
٣٦١ لزوم التسجيل في العقار
٣٦١ المراد بالتسجيل

صفحة

٣٦٢ التكليف غير التسجيل
٣٦٢ جهة التسجيل
٣٦٣ اختصاص المحاكم المختلطة في التسجيل
٣٦٤ العقود الواجب تسجيلها
٣٦٤ ما يترتب على عدم التسجيل
٣٦٥ في الاعفاء من التسجيل
٣٦٦ في عقود البيع المضاة من البائع وحده
٣٦٦ قيمتها بالنسبة للمتعاقدين
٣٦٧ قيمتها بالنسبة للغير
٣٧٠ المقصود بالغير
٣٧٢ شرط حسن نية الغير
٣٧٢ علمه بالبيع الأول
٣٧٣ أحكام
٣٧٤ مزايا التسجيل
٣٧٥ محلها
٣٧٥ أحوال عدم انطباقها

صفحة

٣٧٥ حالة امتلاك العين بمضى المدة
٣٧٦ حالة تعدد البائعين
٣٧٦ البيع من المورث والوارث

الفرع الثانى

حكم الهلاك في المبيع

٣٨١ تقد التشريع
٣٨٢ المقصود بالهلاك ومحله
٣٨٢ حكم القانون الفرنساوى
٣٨٥ حكم الشريعة الاسلامية
٣٨٥ هلاك الكل بعد القبض
٣٨٦ هلاك البعض قبل القبض
٣٨٧ هلاك البعض بعد القبض
٣٨٧ حكم القانون المصرى
٣٩٠ الهلاك في البيوع المعلقة على شرط
٣٩١ الهلاك في البيع بالوزن أو الكيل أو العد
٣٩٢ الهلاك في البيع الجزاف
٣٩٢ الهلاك في البيوع التجارية

الفصل التاسع

فى تعهدات البائع

٣٩٤ عموميات
٣٩٥ في التعهد بحفظ المبيع

القسم الأول — في التسليم

٣٩٨ تعريفه ومأخذه
٣٩٩ التسليم في غير البيع
٣٩٩ طرقه

صفحة

الفرع الأول

٤٠٠ في تسليم العقارات
٤٠١ وجوب التخلية
٤٠١ التسليم بمجرد ارادة المتعاقدين

الفرع الثانى

في تسليم المنقولات
٤٠٢ طرقه
٤٠٢ في التسليم بالتراضى على وضع يد البائع
٤٠٣ في التسليم بأعمال أخرى
٤٠٤ في التفريق بين التسليم والاستعمال
٤٠٤ أهمية تحديد ميعاد التسليم

الفرع الثالث

في تسليم الحقوق المعنوية
٤٠٥ طرقه
٤٠٥ في لزوم التسليم فعلاً
٤٠٦ الفرق بين الوفاء بالتسليم والحيازة الفعلية
٤٠٦ التصريح بالتسليم دلالة

الفرع الرابع

في وضع اليد بدون اذن البائع
٤٠٦ عدم اعتباره وما يترتب عليه
٤٠٧ شروط ذلك

الفرع الخامس

في مصاريف التسليم
٤٠٨ حكمة جعلها على البائع

صفحة
٤٠٩ مشتملات مصاريف التسليم
٤٠٩ مصاريف المشال
٤٠٩ جواز الاتفاق على خلاف ذلك
٤٠٩ العرف

الفرع السادس

في مكان التسليم
٤١٠ يسلم المبيع في مكان وجوده
٤١١ جواز الاتفاق على خلاف ذلك
٤١١ مكان تسليم الشيء المعين بنوعه
٤١١ أحكام

الفرع السابع

في زمان التسليم وما يترتب على التأخير فيه
٤١٢ في وقت التسليم
٤١٣ فيما يترتب على ذلك
٤١٣ يطلب الفسخ من المحكمة
٤١٣ في حكم وضع اليد
٤١٤ في طلب التضمينات
٤١٤ في التأخير لحادثة قهرية
التأخير في تسليم المبيع بيع سلم
٤١٥ طلب التصريح من المحكمة بالشراء للتأخير في التسليم
٤١٦ جواز الشراء بغير اذن المحكمة

الفرع الثامن

٤١٩ في حبس المبيع
٤٢٠ حكمة ذلك — محله

صفحة
٤٢١ عرض المشترى رهناً لا يسقط الحبس
٤٢١ الحوالة من البائع مسقطة له
٤٢٢ جواز الحبس عند تأجيل الثمن
٤٢٣ جواز الحبس في أحوال مشابهة
٤٢٤ أحوال منصوص عليها في القانون التجارى

الفرع التاسع

٤٢٥ فيما يجب تسليمه بمقتضى البيع

المبحث الأول

في الحالة التي يجب أن يسلم بها المبيع
٤٢٦ وجوب تسليم نفس المبيع
٤٢٦ في تسليم المبيع المعين بنوعه
٤٢٧ النقص الطفيف في صنفه
٤٢٧ تسليم المبيع بالعينة
٤٢٧ متى يرفض المبيع
٤٢٩ في اثبات مطابقة الشيء المسلم

المبحث الثاني

٤٣٠ في ثمرة المبيع وزوائده

المبحث الثالث

٤٣٠ في استنزال مقدار الظروف والأوعية

الفرع العاشر

في ملحقات المبيع
٤٣٤ حكم الملحقات في الشريعة الاسلامية
٤٣٤ كيفية تسليم مبيع عليه ثمر
٤٣٥ الحقوق والمرافق
٤٣٦ حكم الملحقات فى القانون
٤٣٦ ما هى الملحقات
٤٣٦ الرجوع لنص القانون
٤٣٨ أحكام
٤٣٨ الرجوع لجنس المبيع أو لقصد المتعاقدين
٤٣٩ الحقوق التى لا ترتبط بالمبيع
٤٤٠ فى ملحقات المنقول
٤٤٠ محل تجارى
٤٤١ فى العلامات التجارية
٤٤٢ فى بيع المكاتب
٤٤٢ فى بيع لوح التصوير
٤٤٣ فى تسليم المبيع كاملاً
٤٤٣ كيفية تنفيذه
٤٤٣ عدم مطابقة مقداره للمتفق عليه

الفرع الحادى عشر

٤٤٥ في نقص المبيع أو زيادته
٤٤٧ وجوب تسليم المبيع بقدره أو وزنه
٤٤٩ المراد بالأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض
٤٤٩ حكمها عند تقدير الثمن جملة
٤٤٩ حكمها عند تقديره بالآحاد
٤٥٠ فى الأشيـاء التى لا يمكن قسمتها بغير ضرر
٤٥٠ حكمها عند تعيين الثمن بالآحاد

صفحة

٤٥٢ ما يجب رده عند الفسخ
٤٥٢ حق الحبس عما يجب رده
٤٥٣ الفسخ فى أحوال أخرى
٤٥٣ المدة المسقطة لحق الفسخ
٤٥٣ وجوب التمسك من الخصم
٤٥٤ مسقطات حق المشترى
٤٥٤ شرط عدم ضمان المقدار
٤٥٥ أحكام

فى ضمان المبيع

٤٥٦ عموميات
٤٦٠ أحكام ضمان المبيع
٤٦١ أنواعه

الفرع الأول

ضمان التعرض والاستحقاق

٤٦١ ضمان الحيازة الهادئة
٤٦٢ وجوبه بحكم القانون
٤٦٢ التعديل فيه

المبحث الأول

٤٦٢ فى الضمان القانونى
٤٦٣ الاستحقاق
٤٦٣ التفريق بين دعوى الضمان للاستحقاق والعجز
٤٦٤ ما يترتب على الاستحقاق فى الدعاوى
٤٦٥ الاستحقاق حكماً

صفحة

٤٦٦ ضمان التعرض — مبناه
٤٦٧ الخوف من نزع الملكية
٤٦٨ حيازة الأجنبى
٤٦٨ حرمانه من منفعة غير مشروطة
٤٦٩ الشرط الأول
٤٧٠ الشرط الثانى والثالث
٤٧٦ شرط عدم الضمان فى قائمة المزاد
٤٧٦ ضمان الحاجز
٤٧٧ حقوق الراسى عليه المزاد
٤٧٧ الحالة الأولى
٤٧٨ الحالة الثانية

المبحث الثانى

فيما يترتب على الضمان القانونى

٤٨٠ الأمر الأول — فى وجوب عدم تعرض البائع للمشترى
٤٨١ عدم تجزؤ دعوى الضمان
٤٨٢ النزاع بالواسطة
٤٨٣ فتح محل تجارة جديد
٤٨٤ الأمر الثانى — فى وجوب الدفاع عن المشترى
٤٨٥ طرق تضمين البائع
٤٨٧ سقوط الضمان بمضى المدة
٤٨٨ الأمر الثالث — فى وجوب تعويض الضرر الناشئ عن الاستحقاق

صفحة
٤٨٨ الحالة الأولى — فى استحقاق كل المبيع (أو انتزاع المبيع)
٤٨٨ فى رد الثمن
٤٨٩ فى رجوع المشترى بثمن أزيد
٤٨٩ الرجوع بالثمن المحول
٤٩٠ استرداد الثمن بأكمله
٤٩٠ خصم قيمة التلف الذى عاد بمنفعة
٤٩١ خصم قيمة ما استرده المشترى
٤٩١ تنقيص الثمن فى بيع حق الانتفاع
٤٩٢ فى التضمينات
٤٩٣ مشتملاتها — رسوم العقد
٤٩٣ رسوم دعوى الاستحقاق والضمان
٤٩٣ الخسارة والربح
٤٩٤ فى رد الثمرة
٤٩٥ فى التضمينات الأخرى
٤٩٥ زيادة قيمة المبيع
٤٩٧ مصاريف التصليحات والتحسينات
٤٩٧ فى نفقات المرمات الضرورية
٤٩٧ فى الاصلاحات النافعة
٤٩٨ التحسينات الكمالية
٤٩٩ رد فوائد الثمن
٤٩٩ الحالة الثانية — فى استحقاق بعض المبيع (أو الاستحقاق الجزئى)
٤٩٩ ا — فى انتزاع جزء معين أو شائع

صفحة
٥٠٠ خيار المشترى فى الفسخ أو ابقاء المبيع
٥٠٢ ما يجب رده
٥٠٣ ب — فى ظهور حق ارتفاق على المبيع
٥٠٥ حقوق الارتفاق القانونية أو الطبيعية
٥٠٥ وجود حقوق أخرى عينية
٥٠٦ تأكيد البائع عدم وجود حق ارتفاق
٥٠٦ النص على خلو العقار من كل ارتفاق
٥٠٦ حق ارتفاق موجب

المبحث الثالث

فى الضمان المشروط

٥٠٧ ا — فى الشروط المترتب عليها زيادة مشتملات الضمان القانونى
٥٠٨ لا يجب الضمان الا فى حالة بيع المبيع
٥٠٨ لا ضمان فى حالة التأجير
٥٠٩ الضمان فى حالة ضبط أشياء مقلدة
٥٠٩ ب — فى الشروط المنقصة
٥١٠ ج — فى اشتراط عدم الضمان
٥١١ تقييده
٥١٣ لا يجوز أن يكون البائع مستحقاً
٥١٣ مزاحمة البائع المشترى
٥١٣ رد الثمن فى حالة اشتراط عدم الضمان
٥١٤ عدم رده — شروط ذلك
٥١٥ اهمال المشترى مضيع للثمن والتعويض
٥١٥ خلاصة ما تقدم
٥١٧ ضمان الدرك

صفحة

الفرع الثانى

ضمان العيوب الخفية

٥٢١ تمهيد

المبحث الأول

فى العيوب الخفية

٥٢١ تعريفها
٥٢٢ الفرق بين دعوى الضمان لعيب خفى والبطلان لغلط
٥٢٣ شروط العيب الموجب للضمان
٥٢٣ الشرط الأول
٥٢٥ « الثانى
٥٢٦ « الثالث والرابع
٥٢٧ تولد العيب
٥٢٨ العيب فى الأشياء التى تستلم من البوسته
٥٢٩ البراءة من العيوب
٥٢٩ شرطها حسن النية
٥٢٩ جوازها بصيغة عامة
٥٢٩ شرط الزيادة فى الضمان
٥٣٠ خلط المبيع عيب

صفحة

٥٣٠ العيب لا يتوقت
٥٣١ نقص القيمة ليس بعيب
٥٣٢ لا يضمن العيب فى البيوع القضائية والادارية

المبحث الثانى

فى الأحكام المترتبة على ضمان العيوب الخفية

٥٣٣ الخيار بين الفسخ وتنقيص الثمن
٥٣٣ طلب الفسخ فقط
٥٣٤ طلب التنقيص فقط
٥٣٧ هلاك المبيع بالعيب القديم
٥٣٧ هلاكه بالعيب الجديد
٥٣٨ عدم جواز التعامل به
٥٣٨ حدوث عيب جديد
٥٣٩ العلم بالعيب
٥٤٠ تغير حالة المبيع
٥٤١ العيب فى المبيع المتعدد
٥٤٢ تجزئة الدعوى
٥٤٣ مدة رفعها

الفصل العاشر

فى تعهدات المشترى — اداء الثمن والاستلام

٥٤٧ تمهيـد

الفرع الأول

فى التعهدات باداء الثمن

المبحث الأول

٥٤٨ فى زمن اداء الثمن ومكانه

صفحة

المبحث الثانى

فى حبس الثمن

٥٥٣ علم المشترى لا يسقط الحبس
٥٥٣ اسقاط الحبس بالشرط
٥٥٣ شرط عدم الضمان لا يسقط الحبس
٥٥٤ اجبار المشترى على دفع الثمن
٥٥٤ زوال السبب الموجب للحبس
٥٥٥ حبس الفوائد.

المبحث الثالث

فى فوائد الثمن

المبحث الرابع

فى فسخ البيع لعدم دفع الثمن

٥٥٨ خيار البائع بين الفسخ وطلب الثمن
٥٥٨ حقوقه الأخرى
٥٥٩ أ — فى الأحوال التى يجوز فيها طلب الفسخ
٥٥٩ أحواله
٥٦٠ الفسخ فى البيع الجبرى
٥٦٢ ب — من له حق طلب الفسخ
٥٦٢ انقسام دعوى الفسخ
٥٦٣ التضرر من فسخ بعض المبيع
٥٦٤ شرط جواز طلب الفسخ
٥٦٤ ج — وجوب طلب الفسخ بواسطة المحكمة — حكمة ذلك
٥٦٤ الفسخ فى الحال

صفحة

٥٦٥ منع ميعاد قبل الفسخ
٥٦٥ جواز دفع الثمن لحين صدور الحكم
٥٦٦ د — النص على شرط الفسخ صراحة فى العقد
٥٦٦ شرط الفسخ فقط
٥٦٦ شرط الفسخ من نفسه
٥٦٧ شرط الفسخ من نفسه وبغير تنبيه

المبحث الرابع

فيما يترتب على فسخ البيع

٥٦٩ أ — حكم الفسخ بالنسبة للمتعاقدين
٥٦٩ زوال أحكام البيع — نتائج ذلك
٥٧٠ ضمان التلف — قيمة المصاريف
٥٧١ تعويض الضرر
٥٧٢ ب — حكم الفسخ بالنسبة للغير
٥٧٢ استثناءآت
٥٧٣ صفة دعوى الفسخ
٥٧٤ تفضيل ادخال المشترى والحائز فى الدعوى
٥٧٥ رد الثمرة
٥٧٥ عدم فسخ الايجار
٥٧٦ أحكام
٥٧٦ علانية الحكم الصادر بفسخ بيع العقار

المبحث الخامس

سقوط الحق فى المطالبة بالفسخ أو تقييده

٥٧٧ أ — فى التنازل

صفحة
٥٧٧ ما يعدُّ تنازلاً
٥٧٨ ما لا يعدُّ تنازلاً
٥٧٨ ب — فى مضى المدة
٥٧٩ ج — عدم الاحتجاج بالفسخ على من سجل حقه العينى قبل تسجيل البيع
٥٨١ د — عدم الاحتجاج بالفسخ اذا اشهر افلاس المشترى قبل تسجيل البيع
٥٨١ الفسخ فى بيع عقار المفلس
٥٨١ الفسخ فى بيع المنقول
٥٨١ هـ — سقوط الحق فى الفسخ فى حالة الحجز العقارى

صفحة
٥٨٢ ذيل — عدم امكان الفسخ اذا نزعت ملكية المبيع للمنفعة العامة

المبحث السادس

٥٨٢ فى فسخ البيع بالتراضى
٥٨٣ تتمة — أحكام قضائية

الفرع الثانى

٥٨٥ فى التعهد باستلام المبيع
٥٨٦ إلزام المشترى بالاستلام
٥٨٧ فسخ بيع المنقول عند عدم الاستلام ودفع الثمن — شروط ذلك
٥٨٨ حكمته
٥٨٨ عدم جواز التوسع

الفصل الحادى عشر

فى دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش

المبحث الأول

عموميات

٥٩٢ تعريف الغبن
٥٩٣ حكمه والخلاف فيه
٥٩٤ شريعة رومانية
٥٩٤ « فرنساوية
٥٩٤ « المانية
٥٩٦ « إسلامية
٥٩٦ « مصرية

المبحث الثانى

شروط دعوى تكملة الثمن

٥٩٧ الشرط الأول
٥٩٨ « الثانى
٥٩٨ « الثالث

المبحث الثالث

٥٩٩ فيمن له حق رفع هذه الدعوى
٦٠٠ فى بيع الولى
٦٠٠ فى بيع الوصي

صفحة

٦٠٠ فى بيع الصغير

٦٠٢ فى البيع بغير اذن المجلس الحسبى

٦٠٢ فى شراء الوصى لنفسه

٦٠٢ حكم البيع باسم المجلس الحسبى

صفحة

المبحث الرابع

فيمن ترفع عليه الدعاوى

٦٠٧ سقوطها

٦٠٧ سريان المدة

الفصل الثانى عشر

فى بيع الوفاء

عموميات

٦١٣ صفة بيع الوفاء

٦١٣ نشأته

٦١٥ شريعة رومانية

٦١٥ شريعة اسلامية

٦١٦ تعريفه

٦١٧ فائدته وضرره

٦١٨ الفرق بين بيع الوفاء والرهن

الفرع الأول

بيع الوفاء الصورى

٦١٩ تعريفه

٦١٩ ما يترتب عليه

٦٢٠ الفرق بين بيع الوفاء الحقيقى والصورى

٦٢٣ متى يعتبر بيع الوفاء رهناً

الفرع الثانى

فى بيع الوفاء الحقيقى

المبحث الأول

فى شرط الاسترداد

٦٢٥ ضرورة ذكره فى نفس العقد

المبحث الثانى

٦٢٦ فى مدة الاسترداد

المبحث الثالث

٦٣٠ فى كيفية الاسترداد

٦٣٣ حقوق المشترى اذا تأخر البائع فى دفع الثمن

٦٣٤ شرط العرض الحقيقى

٦٣٤ التنازل عن الاسترداد

المبحث الرابع

٦٣٥ من له حق الاسترداد

المبحث الخامس

٦٣٦ ممن يطلب الاسترداد

صفحة

المبحث السادس

فيما يترتب على شرط الاسترداد

٦٣٨ احكامه بعد الاسترداد

٦٣٩ أحكام البيع أثناء مدة الاسترداد

٦٣٩ حقوق المشترى

٦٤٠ حقوق البائع

المبحث السابع

فيما يترتب على استعمال حق الاسترداد

٦٤٣ الالتزام الأول

٦٤٣ « الثانى

٦٤٤ « الثالث

٦٤٤ مصاريف زينة

صفحة

٦٤٤ مصاريف ضرورية

٦٤٤ « نافعة

٦٤٥ حق المشترى فى حبس العين

٦٤٦ حقه فى طلب تحديد ميعاد

٦٤٦ رد المبيع كاملاً

٦٤٦ تأثير الاسترداد بالنسبة للغير

٦٤٧ ملاحظة على القانون المختلط

٦٤٧ استثناء الاجارة عند الفسخ

٦٤٩ استرداد المبيع بأكمله

٦٤٩ جواز استرداد بعض المبيع وفاء

٦٥٢ جواز استرداد قدر زائد فى حالة بيع حصة شائعة



